

Revista de la Corte Española de Arbitraje,
vol. XXII, 2007, pp. 23-60

ARBITRAJE Y JUSTICIA CAUTELAR

Arbitration and Interim Justice

Por

José Carlos Fernández Rozas

Catedrático de Derecho internacional
privado de la Universidad Complutense
de Madrid

SUMARIO: I. LA JUSTICIA CAUTELAR EN EL PROCESO ARBITRAL.

1. Diversidad legislativa y dificultades de unificación. A) Reticencias hacia la justicia cautelar; B) Hacia una eventual modificación de la LMU; C) Hacia una consolidación de los poderes concurrentes entre jueces y árbitros. 2. Circunstancias concurrentes para la adopción de las medidas. II. ESPECIFICIDAD DE LAS MEDIDAS EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL. 1. Contenido, objetivos y alcance: A) Inexistencia de sumisión a los tribunales ordinarios; B) Garantía del eficiente desarrollo del procedimiento arbitral y del cumplimiento del laudo; C) Algunos problemas particulares. 2. Medidas cautelares anticipatorias al proceso: A) Adopción por el juez: inexistencia de renuncia al arbitraje; B) Adopción por el Centro de arbitraje. 3. Alcance extraterritorial de las medidas. III. TRAYECTORIA DE LA COLABORACIÓN DE JUECES Y ÁRBITROS. 1. Riesgos y contradicciones del auxilio estatal. 2. Actuación directa de los árbitros. IV. REGULACIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EN EL ARBITRAJE EN EL SISTEMA ESPAÑOL. 1. Antecedentes de la regulación actual. 2. La solución en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje: A) Solicitud ante el juez; B) Solicitudes procedentes del extranjero; C) Potestad de los árbitros para dictar medidas cautelares. V. CONSIDERACIONES FINALES.

I. LA JUSTICIA CAUTELAR EN EL PROCESO ARBITRAL

1. Diversidad legislativa y dificultades de unificación

A) Reticencias hacia la justicia cautelar

1. La justicia cautelar desempeña un papel relevante en cualquier procedimiento de arreglo de controversias por su doble cometido: proteger la situación de las partes en espera de la solución del litigio existente entre ellas y asegurar la ejecutabilidad de la decisión final. Su esencia estriba en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso. Y, en tanto que parte de la tutela judicial efectiva, juega un papel extremadamente importante, pues tiende a la universalidad *ratione temporis*, es decir, cubre de forma efectiva la laguna temporal que se produce entre los hechos que dan lugar al litigio y la resolución final de fondo. No pretenden, pues, ser indefinidas, justificándose únicamente hasta que se cumpla la función de aseguramiento, pudiendo variar si se produce en cambio en la situación fáctica que motiva su solicitud y deben guardar una relación de proporcionalidad para conseguir el fin perseguido que es el aseguramiento de la efectividad de la decisión que decida sobre el fondo del asunto. Las medidas cautelares son las encargadas de evitar el fallo frustrado y los daños inminentes, o ya iniciados, durante la tramitación del juicio, en cualquiera de las materias sometidas a proceso. Así pues, la tutela judicial no es tal, sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva recaída en la controversia judicial. Puede afirmarse que su adopción constituye un verdadero derecho fundamental del justiciable tanto en el proceso judicial como en el arbitral.

Ante conductas practicadas por la contraparte con la finalidad de impedir el pronunciamiento de un fallo en su contra, como la destrucción de documentos o la desaparición de pruebas, el objetivo de la tutela cautelar consiste en lograr que la decisión que pueda obtenerse mediante el ejercicio e intervención de la acción jurisdiccional o arbitral, no llegue demasiado tarde¹. Trata pues de asegurar el éxito del proceso definitivo favoreciendo la propia consecución de la demanda o impidiendo que la demanda quede frustrada; en definitiva, las medidas pretenden salvaguardar derechos. La justicia cautelar posee un contenido meramente preventivo, temporal y variable. En primer lugar, no tiene *per se* sustantividad propia justificándose en razón de la existencia de un proceso principal, por consiguiente no juzga ni prejuzga sobre el derecho del peticionante limitándose su extensión a lo estrictamente indispensable para evitar males ciertos y futuros; en segundo lugar, no puede mantenerse de forma indefinida pues está condicionada a lo que resuelva en el fondo del asunto; por último, la justicia cautelar anticipa de un modo provisional los efectos de una sucesiva garantía jurisdiccional definitiva, por eso es menester que se ajuste, caso por caso, al

¹ Vid. Ph. Ouakrat, "L'arbitrage commercial international et les mesures provisoires: étude générale", *DPCI*, vol. 14, nº 2, 1988, p. 243.

contenido de ésta última manteniéndose únicamente mientras cumpla con su función de aseguramiento.

2. Aunque se registra una tendencia expansiva, aún quedan Estados que no sólo restringen el ámbito de la tutela cautelar judicial en el arbitraje, sino que se niegan a reconocer a los árbitros la facultad de decretar medidas cautelares², evidenciándose la reticencia que muestran los jueces y tribunales en ciertos sistemas para admitir que estos últimos tengan un protagonismo en el establecimiento de medidas cautelares, sin distinguir entre la decisión de la procedencia de la medida y la ejecución de la misma, o para otorgar éstas con ocasión de procedimientos arbitrales³. El esquema utilizado habitualmente es buscar el soporte del sistema judicial para que sean los jueces los encargados de decretar y ejecutar las medidas. Y este tema está relacionado con el debate acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje pues aún predominan modelos estatales de corte marcadamente jurisdiccionalista que no regulan la facultad de dictar las medidas por los tribunales estatales estando pendiente un procedimiento arbitral⁴.

Al contrario de las apuntadas reglamentaciones estatales restrictivas la Ley Modelo Uncitral sobre arbitraje comercial internacional de 1985 (LMU). Contempla la adopción de medidas cautelares por los jueces y por los árbitros. De un lado, faculta al tribunal arbitral, salvo acuerdo en contrario de las partes y a petición de una de ellas, a ordenar a cualquiera de ellas que adopte medidas provisionales o cautelares respecto del objeto del litigio; al respecto su art. 9 entiende que "No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones judiciales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares provisionales ni que el tribunal conceda esas medidas". De otro lado, el art. 17 establece que "Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas". Como puede observarse, este último precepto no establece las modalidades de la ejecución de tales medidas y, al efecto, los Estados que adopten la Ley modelo tienen la posibilidad de establecer el específico procedimiento para que tenga lugar la asistencia judicial⁵.

² Entre los sistemas que mantienen esta actitud cabe referirse a los arts. 577 a 599 del Código de Procedimiento Civil austriaco donde los tribunales arbitrales carecen de competencia para adoptar medidas cautelares, quedando esa función limitada a los jueces ordinarios; y para que estos últimos decidan su concesión deben valorar las pruebas inmediatamente disponibles presentadas por la parte que las solicite. La imposibilidad de que los tribunales arbitrales otorguen medidas cautelares figura también en el art. 22 de la Ley checa de 1994 relativa a los procedimientos arbitrales y a la ejecución de laudos arbitrales.

³ Por ejemplo en Venezuela la Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 10 de diciembre de 2003 (*TIM International N.V.*) declaró la improcedencia de unas medidas cautelares pre-arbitrales en un arbitraje CCI que había establecido la sede en el extranjero entendiendo la ausencia de jurisdicción para decretarlas.

⁴ E. Verdera y Tuells, *La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje entre la tradición y la innovación*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y legislación, 2005, pp. 92 ss.

⁵ Vid. A. Reiner, "Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage international, notamment

B) Hacia una eventual modificación de la LMU

3. Las jurisdicciones estatales, en efecto, han desarrollado una abundante práctica para la aceptación, del alcance y los efectos de este tipo de medidas, generándose de hecho una apreciable armonización en la mayor parte de las jurisdicciones nacionales en esta materia. Sin embargo, esta armonización no ha contado con una proyección generalizada en las reglamentaciones sobre arbitraje; y ello pese a que, con todas las reservas que ello entraña, en el proceso arbitral se producen las mismas vicisitudes y limitaciones procesales que acontecen en el procedimiento judicial. Muchos sistemas, como el español hasta tiempos recientes, continúan negándose a reconocer a los árbitros la facultad de decretar medidas cautelares, manteniendo una actitud de gran cautela hacia el empleo de las medidas cautelares en el procedimiento arbitral y reconociendo únicamente el poder de los tribunales para decretar estas medidas y ello, incluso, con notables limitaciones. Resulta sumamente expresivo de esta orientación que el art. 357.2º del Proyecto de Código Procesal para Iberoamérica mantenga la reticencia al afirmar que “Las partes, y en su caso el tribunal arbitral, podrán solicitar del tribunal judicial la adopción de medidas cautelares y la asistencia necesaria para realizar cualquier medida que requiera el uso de la fuerza pública”; con ello las facultades del árbitro se reducen a “solicitar” a la autoridad judicial la adopción de estas medidas lo que está en contradicción con la propia esencia de las mismas, que tratan de evitar con rapidez que se produzca un daño irreparable que haga en la práctica inútil la decisión que debería poner fin a la controversia.

Es obvio que ambos procedimientos, jurisdiccional y arbitral, deban contar con los mismos instrumentos para la protección del objeto de la controversia. El hecho de que los particulares elijan someter sus controversias a arbitraje no debe suponer ninguna renuncia a la tutela judicial efectiva⁶; en consecuencia, negar la posibilidad de medidas cautelares en el arbitraje implicaría la violación directa de este principio sólidamente establecido en las Constituciones estatales.

4. Pese a estas razones de evidente peso, aún no se ha conseguido la equiparación de la justicia cautelar en ambos métodos, judicial y arbitral, de arreglo de controversias, en función, *prima facie*, de la carencia de *imperium* de los árbitros⁷. Y a esto hay que oponer que, sobre todo en lo que respecta al arbitraje comercial internacional, el particularismo es la nota dominante y la elección por las partes de una determinada sede arbitral obedece muchas veces a esta circunstancia. La apuntada diversidad ha movido a un amplio debate, sobre todo en el seno de la

l'Arbitrage CCI”, *Journ. dr. int.*, 1998, pp. 853-904, que examina el derecho y la práctica en materia de medidas cautelares en el arbitraje internacional, poniendo de relieve la evolución experimentada en cuanto a las facultades de los árbitros.

⁶ J.M. Otero Lastres, “El derecho fundamental a la tutela ‘arbitral’ efectiva”, *Abogados* (Madrid), febrero 2007, pp. 52-55.

⁷ Laudo CCI nº 6653/1993 partiendo de que la misión del árbitro posee sus propios límites en el convenio arbitral.

Uncitral, que se centra en la determinación de cuáles deberían ser las facultades que los tribunales arbitrales para dictar este tipo de medidas. Dicho debate en relación con el procedimiento arbitral pone esencialmente el acento en la determinación de ante quién se deberán solicitar las concretas medidas cautelares y en la eventual colaboración de la justicia estatal con los árbitros y, en segundo lugar, en la eficacia extraterritorial de las decisiones en esta materia.

Es evidente que la LMU, a la que acabamos de hacer referencia, supuso un importante avance, en el sentido de que muchos sistemas nacionales comenzaron a incorporar sus previsiones en materia de justicia cautelar. Sin embargo su regulación pronto quedó superada por las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional. A este respecto la Uncitral, durante las dos últimas décadas ha venido revisando e insistiendo en la necesidad de ciertas reformas a su articulado y, concretamente, ha reconocido la necesidad de ajustar a las actuales prácticas del comercio internacional, entre otras cuestiones, el régimen de las medidas cautelares en el procedimiento arbitral. Precisamente, por lo que atañe a la materia que estamos estudiando, en 2005 el Grupo de Trabajo designado al efecto preparó una "Propuesta sobre la forma en la que cabría presentar las disposiciones legales sobre medidas cautelares y órdenes preliminares en la Ley Modelo" (Propuesta Uncitral) donde se convino en la necesidad de insertar un Capítulo IV *bis* ("Medidas cautelares y órdenes preliminares") a LMU con una especial atención a las potestades del tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares, a las condiciones para su otorgamiento, modificación, suspensión y revocación y al reconocimiento y ejecución de las mismas⁸. Esta iniciativa ofrece un especial interés, pues así como existe una tendencia a la unificación en lo que concierne la regulación de las medidas cautelares en los procedimientos ante la jurisdicción ordinaria, su proyección en el procedimiento arbitral sigue registrando un marcado particularismo. La propuesta contiene un extensísimo nuevo art. 17 con 5 secciones y 11 apartados donde se reitera en términos tajantes que "Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares" (art. 17.1º Propuesta Uncitral), pero también se presta atención a las medidas cautelares dictadas por el juez en apoyo al procedimiento arbitral, y aunque la inclusión de esta materia supone una cierta ruptura sistemática del texto del Proyecto ofrece la ventaja de su utilidad, pero cabe considerar que esta cuestión bien pudiera figurar como un nuevo art. 9 *bis*. Conforme al art. 17 *undecies*,

"El foro judicial gozará de la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de actuaciones arbitrales y en lo concerniente a esas actuaciones que tengan lugar en el país de su jurisdicción o en otro país que la que disfruta al servicio de actuaciones judiciales o en relación con ellas, y ejercerá dicha competencia de conformidad con sus propias reglas y procedimientos en la medida en que sean compatibles con los rasgos distintivos de un arbitraje internacional".

Asimismo la propuesta tiene el mérito de ofrecer una definición de medida cautelar, entendiéndose por tal, según el art. 17.2º

⁸ Uncitral, Grupo de Trabajo II (Arbitraje), 5 de diciembre de 2005. A/CN.9/WG.II.141.

“...toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que:

- a) Mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se dirima la controversia;
- b) Adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral;
- c) Proporcione algún medio para preservar ciertos bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o
- d) Preserve ciertos elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia”.

C) Hacia una consolidación de los poderes concurrentes entre jueces y árbitros

5. La consolidación de los poderes concurrentes que atribuyen competencia a jueces y árbitros es la que mejor responde a las necesidades del arbitraje. Bajo su enunciado, las partes pueden interponer la solicitud de medidas de protección de forma indistinta ante cualquiera de ellos. Si el arbitraje se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes, éstas están habilitadas para decidir en todo lo que concierne al procedimiento arbitral, incluyendo el régimen de las medidas cautelares y esta es, de hecho, la solución mayoritariamente aceptada en los diferentes sistemas estatales e institucionales de arbitraje⁹. Todo lo relacionado con “las normas procedimiento” es materia de orden público, tal como lo tiene establecido tanto la doctrina como la jurisprudencia y en las Leyes de arbitraje el legislador suele otorgar un extenso margen de discrecionalidad a las partes hasta el punto de que éstas están habilitadas para establecer sus propias reglas de procedimiento, incluyéndose constitución del tribunal arbitral, lugar, idioma, plazos, pruebas y, lo que nos interesa ahora, el otorgamiento de la facultad cautelar a los árbitros. La regla de base es la “libertad de las partes para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones”; así lo establecen las leyes que siguen el tenor de la LMU que regula esta cuestión en su art. 19 de lo que es buena muestra el art. 25 LA/2003. Precisamente uno de los elementos que condiciona la elección de la sede del arbitraje es la posibilidad de que la ley de ese lugar contemple la posibilidad de que los árbitros puedan pronunciarse sobre las medidas cautelares. Y esta inclusión es automática cuando las partes se remiten a un Reglamento de arbitraje que incluya los poderes de los árbitros para adoptar estas medidas. Asimismo, si las partes otorgan poderes a los árbitros para que decidan sobre el fondo del asunto, no existe ninguna razón para que esta competencia no se extienda a las medidas cautelares.

La adopción de estas medidas ya sea por jueces como por árbitros presenta algunas ventajas e inconvenientes. Por esta razón es menester prestar atención a las consecuencias de su pronunciamiento por cada uno de estos órganos para determinar cual se estima más apropiado. La práctica arbitral apunta a que sean los árbitros quienes las adopten y así lo disponen numerosas leyes de arbitraje y

⁹ R. Lapiedra Alcamí, *La intervención judicial en la adopción de medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional* (tesis doctoral), Valencia, 2003, <http://www.tdx.cesca.es/TDX-0520104-133924>.

reglamentos de instituciones arbitrales. Los problemas se suscitarán cuando el arbitraje se remita a una sede y a un centro que guarde silencio sobre esta cuestión, aunque la doctrina suele hablar de una competencia implícita de los árbitros en materia cautelar derivada del propio tenor del convenio arbitral.

El otro problema planteado se refiere a que, con carácter general, en los conflictos surgidos en el comercio internacional las medidas cautelares deberán ejecutarse en un Estado diverso de aquél en que se está celebrando el arbitraje. Surge así la necesidad de conseguir la eficacia extraterritorial de estas decisiones. Cuando estas medidas son adoptadas por los árbitros, como quiera que no son títulos ejecutivos, resultará en la práctica muy difícil conseguir su eficacia en caso de incumplimiento. Pero su adopción por parte de los jueces tampoco garantiza su eficacia en otros Estados dada la ausencia de convenios internacionales que se detengan a regular esta cuestión¹⁰. De ahí que todavía estemos lejos de una solución legal satisfactoria.

6. Los diferentes sistemas jurídicos han materializado medidas cautelares muy diversas y en su sistematización pueden utilizarse clasificaciones diferentes¹¹. Con una finalidad meramente descriptiva cabe referirse a aquellas medidas dirigidas directamente contra los bienes que están en posesión de una persona para primar o limitar su control sobre los mismos y a las que poseen como función que la otra parte haga o deje de hacer alguna cosa. Desde otra perspectiva puede hablarse de medidas conservatorias del estado de cosas o lugares apreciables en el momento en que se suscita la controversia, las que tienen como objeto el cumplimiento del laudo arbitral y las de aseguramiento de las pruebas. Una tercera clasificación válida distinguiría, en primer lugar, las medidas que están dirigidas a la administración y conservación de las pruebas y que corresponde adoptar por entero a los árbitros por moverse en el ámbito de actuación trazado por el convenio arbitral; en segundo lugar, las medidas que pretenden proteger el objeto del litigio, que suelen quedar fuera de la esfera de los árbitros porque su adopción suele solicitarse antes del inicio del arbitraje y aconsejan una actuación judicial, aunque no existe inconveniente en que sean dictadas por los árbitros si la solicitud se efectúa con posterioridad a la constitución del tribunal arbitral; y, por fin, las que intentan garantizar el resultado de la decisión final, también denominadas medidas anticipatorias, que aunque no están excluidas en muchos sistemas de la función arbitral¹² no suelen ser pronunciadas por los árbitros, pues en cierto modo su adopción puede adelantar el resultado del litigio. Entre estas

¹⁰ F. Tommaseo, "Lex fori e tutela cautelare nell'arbitrato commerciale internazionale", *Riv. arb.*, vol. 9, 1999, pp. 9 ss.

¹¹ Fuera del ámbito del arbitraje, el TJCE ha dado una definición general de las medidas provisionales o de conservación, interpretando el art. 24 CB; según la Sentencia de 26 de marzo de 1992, *Reichert*, asunto C-261/90, son aquellas medidas destinadas a mantener una situación de hecho o de derecho a fin de salvaguardar los derechos cuyo reconocimiento, por otro lado, se ha pedido al juez encargado de conocer el fondo del asunto. *Vid.* V. Fuentes Camacho, *Las medidas provisionales y cautelares en el Espacio Judicial Europeo*, Madrid, 1996, pp. 192-195; F.J. Garcimartín Alférez, *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, 1996, pp. 80-82.

¹² *V.gr.* el art. 818 del Código Procesal Italiano dispone que los árbitros no autorizar embargos ni otras medidas cautelares. *Vid.* en la misma dirección el art. 753 CPCCN argentino respecto de medidas compulsorias o de ejecución.

actuaciones cabe referirse a la anotación preventiva de la demanda, la conservación de determinados bienes, la paralización de una obra, el nombramiento de un administrador para la gestión de dichos bienes, el embargo de los bienes objeto del litigio, la prestación de una determinada fianza, el bloqueo de una cuenta corriente, etc...¹³

Al diferir el alcance y la heterogeneidad de las medidas cautelares a que se puede recurrir de un Estado a otro son frecuentes los supuestos, fundamentalmente en los conflictos transfronterizos, en los que el solicitante de una medida cautelar pueda verse obligado a recurrir a tribunales judiciales situados en el extranjero donde se desconozcan las medidas cautelares que pueden solicitarse y los requisitos necesarios para que se dicten dichas medidas. En los trabajos de reforma de la LMU realizados en el seno de la Uncitral en 2005 se puso de relieve la necesidad de su potenciación por la trascendencia que poseen las medidas cautelares en la resolución cualquier litigio mercantil. Resulta habitual que al iniciar una acción, ó incluso antes de iniciarla, deban, por ejemplo, congelarse fondos que podrían ser transferidos al extranjero, protegerse pruebas que pudieran ser destruidas o, por sólo citar otro supuesto, impedir la venta del bien objeto del litigio. Cualquier armonización legislativa de esta materia tendría consecuencias insospechadas dentro de las estrategias procesales en los contenciosos tanto internos como transnacionales.

2. Circunstancias concurrentes para la adopción de las medidas

7. Con independencia que sea el juez o el árbitro quien adopte la medida, deberá apreciar una serie de circunstancias para que proceda su adopción y que deben cumplirse de manera concurrente, por lo que, si falta alguno de ellas el órgano decisor podrá decretar la medida preventiva. En primer lugar, la efectiva existencia de *periculum in mora*, que es la causa o fundamento que autoriza la adopción de cualquier medida cautelar, quedando excluidas de la misma los “peligros” anteriores a la presentación de la demanda, o los que no estén relacionados con la existencia misma del proceso. De acuerdo con el art. 17 bis. 1º.a) de la Propuesta Uncitral, el solicitante de la medida cautelas deberá aportar al tribunal arbitral pruebas convincentes en el sentido de que de “no otorgarse la medida cautelar, es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada de la medida, caso de ser ésta otorgada”. El *periculum in mora* no se presume; ni se sobreentiende, por lo que es obligación de quien pide la medida cautelar afirmar y probar la existencia de esta circunstancia. La jurisprudencia arbitral evidencia que las medidas solicitadas resultan improcedentes cuando el solicitante no acredite de forma fehaciente la situación de urgencia requerida y la existencia de un peligro grave e irreparable presente o futuro que la justifique. Y, por otra parte, asevera que es el peligro en la demora lo que legitima al justiciable a recurrir a la vía

¹³ Vid. la clasificación de F.J. Garcimartín Alférez, *El régimen de las medidas cautelares...*, op. cit., pp. 194-197.

judicial para solicitar una medida cautelar en el transcurso del procedimiento arbitral. Será preciso verificar la existencia concreta de un peligro, así como de un daño que necesariamente afectará el cumplimiento del laudo definitivo en caso de que el peligro alegado por el peticionario, o contrastado por el árbitro, sean manifiestos; asimismo, la circunstancia que estamos examinando no podrá apreciarse cuando los hechos que motivan la solicitud de la medida fueron conocidos durante un dilatado periodo de tiempo por el solicitante y no fueron impugnados en el momento en que fue posible. No basta con que los solicitantes aleguen los perjuicios que ocasionaría la no adopción de la medida, sino que es necesario que se aleguen hechos concretos de los cuales nazca la convicción de un perjuicio real y personal, correspondiéndole a éstos probar suficientemente la existencia del daño y la imposibilidad o dificultad de su reparación futura.

Respecto al correlato existente entre el peligro en la demora y la naturaleza del perjuicio temido, los hechos alegados deben afectar realmente el cumplimiento del laudo, ya que de otro modo no se configuraría el presupuesto normativo concretado en la expresión perjuicio irreparable. En definitiva, la medida procederá únicamente cuando exista riesgo manifiesto de que no se pueda alcanzar la ejecución del fallo y siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama. De acuerdo con la SAP Málaga, Sección 5ª, 22 de diciembre de 2004,

“... el peligro en la demora encuentra su fundamento en la necesaria respuesta inmediata que deben otorgar los órganos jurisdiccionales, a instancia de parte, en aquellos supuestos en los que la mera interpretación de la demanda puede llevar a actuaciones voluntarias tendentes a evitar la ejecución de una eventual sentencia de condena. Doctrinalmente se señalan como tipos de riesgos los siguientes: a) Riesgos que amenazarían la posibilidad práctica de la efectividad de una sentencia en sentido genérico, es decir, por colocarse el demandado en situación de no poder cumplirla. Por ejemplo, el riesgo de insolvencia si se ha interpuesto una pretensión pecuniaria. b) Riesgos que amenazarían la efectividad de la sentencia en el supuesto de una ejecución específica. En el caso de entrega de una cosa determinada mueble, si no se hallare dicha cosa mueble por no haber adoptado la correspondiente cautela a lo largo del proceso principal, se tendrá que convertir la ejecución específica en una ejecución dineraria. c) Riesgos que amenazarían la ineffectividad de la ejecución en cuanto de no adoptarse las medidas cautelares correspondientes, transcurriría el tiempo y llegado el momento de la ejecución de la sentencia que ha acogido la pretensión del actor, éste podrá encontrarse con una situación irreversible. d) Riesgos que amenazan la utilidad práctica de los efectos no ejecutivos de la sentencia. Por ejemplo la estimación de una pretensión declarativa de dominio devendrá inútil, si en el desarrollo del proceso, el titular registral ha vendido el inmueble a un tercero de buena fe y éste ha suscrito a su favor”¹⁴.

Quien solicita la medida debe encontrarse, pues, ante una necesidad inaplazable de tutela, de suerte que el procedimiento arbitral iniciado y la decisión que se emita oportunamente carezca de toda eficacia o produzca en el solicitante una situación aún más perjudicial de la que se encontraba en el momento de iniciar el litigio.

8. En segundo lugar, quien solicita la medida cautelar debe aportar una justificación inicial de su Derecho, esto es, una valoración provisional por parte del órgano

¹⁴ La Ley, 2004, nº 269977.

encargado de dictar la medida sobre el derecho de la parte solicitante a obtener la tutela definitiva que insta en el procedimiento principal. Concretamente, el art. 17 bis.1º b) de la Propuesta Uncitral exige al solicitante acreditar que existe “una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere, siempre y cuando toda determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgue en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal”. Ello nos conduce al denominado *fumus boni iuris*, como elemento acreditativo de que la pertinencia del Derecho material que alega el solicitante tiene un sólido apoyo jurídico en relación con la de la concreta medida cautelar que se solicita; la apreciación de esta circunstancia no siempre es fácil pues siempre se corre el riesgo de que se adelante un pronunciamiento que puede repercutir sobre el fondo del asunto en el procedimiento principal y que el juez o el árbitro se contamine para pronunciarse acerca de esta última cuestión. La práctica de la justicia cautelar impartida por los tribunales de justicia evidencia que esta circunstancia suele tener mucho mayor peso a la hora de valorar la pertinencia de la medida que el propio *periculum in mora*; de esta suerte la apariencia de buen Derecho de la pretensión articulada suele considerarse motivo suficiente para fundar su adopción, con independencia del criterio de la irreparabilidad del daño, por así imponerlo el principio de la tutela jurisdiccional efectiva y el de que la necesidad de acudir al proceso para obtener la razón no debe perjudicar a quien tiene la razón¹⁵.

Como pusiera de relieve la referida SAP Málaga, Sección 5ª, 22 de diciembre de 2004 a propósito de lo dispuesto en el art. 1.400 LEC/1881 y en el art. 728.2º LEC/2000, “El *fumus boni iuris* o apariencia jurídica o de prevalencia jurídica implica que la existencia del derecho o interés jurídico afirmadas ha de parecer verosímil, o sea suficiente para que seguir un cálculo de probabilidades quepa prever que la resolución principal declarará el derecho en sentido favorable al que solicita la medida cautelar”.

9. Estos dos requisitos van acompañados de la necesidad de prestación de una fianza para responder de los daños y perjuicios que pueda ocasionarle al demandado en caso de que la medida solicitada carezca de fundamento; debe tenerse presente que la justicia cautelar se acuerda bajo la exclusiva responsabilidad de la parte que

¹⁵ Desde la perspectiva de la jurisdicción contencioso-administrativa Vid. J.C. Fernández Rozas, “La suspensión de la actividad sancionadora de la Administración en materia de extranjería, ante la jurisdicción contencioso administrativa”, *REDI*, vol. L, 1998, p. 45-48. Se trata de un principio de Derecho comunitario al que aluden las conclusiones del Abogado General en la Sentencia *Factortame* del TJCE de 19 de junio de 1990 y que hizo suyo el ATS (Sala 3ª, Secc. 5ª) de 20 de diciembre de 1990. Vid. E. García de Enterría, “La Sentencia *Factortame* (19 de junio de 1990 del TJCE. La obligación del Juez nacional de tutelar cautelarmente la eficacia del Derecho comunitario aún a costa de su propio Derecho nacional. Trascendencia general de la Sentencia en el Derecho comunitario y en el sistema español de medidas cautelares” y “La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: la recepción del principio del ‘*fumus boni iuris*’ (Auto de 20 de diciembre de 1990) y su trascendencia general”, reproducidos en *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 95 ss. y pp. 157 ss.; J. Vecina Cifuentes, “La trascendencia del *fumus boni iuris* como presupuesto de las medidas cautelares. Especial consideración a los procesos administrativo y constitucional (a propósito del Auto TC de 1 de diciembre de 1993)”, *R.D.Proc.*, 1995, pp. 259-288.

las solicita. Si el propósito de las medidas es garantizar el resultado del proceso, debe asegurarse a la otra parte una indemnización en caso de que resulte vencedora y haya sufrido perjuicios por la adopción de la medida. Como regla general concierne a los árbitros determinar el monto de garantía que cubre la medida y poseen una gran libertad al respecto; no en vano el art. 17 LMU establece que “El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con estas medidas”; siendo la última parte del precepto sustituida en la propuesta Uncitral por la expresión: “que preste una garantía adecuada respecto de la medida” (art. 17 *sexties*.¹⁶) Esta facultad potestativa (“podrá”) sirve de criterio valorativo cuando la prestación de la fianza sea susceptible de colocar a la parte solicitante en una situación económica de tal naturaleza que pueda poner en peligro su propia permanente en el proceso arbitral¹⁶. En esta dirección los arts. 517 y 518 *NCPC* francés insiste en este carácter potestativo dejando la naturaleza, la extensión y las modalidades de la caución a lo que determine en la resolución que adopte las medidas.

Sin embargo estos preceptos guardan silencio en torno a la posibilidad, nada hipotética, de que la parte solicitante se niegue a prestar la referida garantía. En tal caso la solución parece que no puede ser otra que la no concesión de la medida en cuestión, siendo algunos Reglamentos arbitrales mucho más explícitos. Por ejemplo, el art. 25.2º Regl. LCIA establece que “En el supuesto de que la demandante o la demandante reconvenional incumpla el requerimiento para afianzar, el Tribunal arbitral podrá suspender las pretensiones o pretensiones reconvenionales o declarar su improcedencia en un laudo.”

II. ESPECIFICIDAD DE LAS MEDIDAS EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

1. Contenido, objetivos y alcance

A) Inexistencia de sumisión a los tribunales ordinarios

10. Cada vez prosperan con mayor frecuencia las solicitudes de medidas provisionales que se realizan tanto en el ámbito interno como en el internacional. De un lado, debido a la facilidad y la rapidez con que pueden transferirse bienes en el mundo moderno para eludir una decisión judicial o un laudo arbitral. De otro lado,

¹⁶ Con carácter más categórico se sitúa el art. 755 del Código de Procedimiento Civil de la Provincia de Quebec en el sentido de que a menos que el juez decida fundadamente otra cosa, deberá exigirse a la parte requirente que abone una caución con el objeto de cubrir los gastos y los danos que pudieran derivarse de su solicitud. Y esta exigencia figura también en el art. 11 del Capítulo 7 del Código de Procedimiento Judicial de Finlandia.

porque la parte que advierta que con gran probabilidad va a obtener un resultado adverso a sus expectativas tratará de desviar los bienes fuera del alcance de la jurisdicción donde previsiblemente deberá ejecutarse el laudo evitando que tal ejecución se produzca¹⁷. Existe el temor de que una parte sin escrúpulos pueda, por ejemplo, vender los bienes o, de forma aún mas obvia, transferir fondos a otra jurisdicción antes de que haya una sentencia, dado que los métodos modernos de transferencias bancarias internacionales permiten la transferencia de dinero con suma rapidez¹⁸. En principio pudiera pensarse que la rapidez inherente al procedimiento arbitral no precisaría una acción intensa de la justicia cautelar, sin embargo aunque el proceso arbitral suele ser, en principio, mucho más breve que el judicial es frecuente que se necesite, sobre todo en determinados contenciosos que traen causa contratos de larga duración, un necesario lapso de tiempo que puede poner en peligro las expectativas de las partes; y a ello hay que añadir las inevitables y cada vez más frecuentes tácticas dilatorias que suele emplear una de las partes para retrasar el fallo arbitral, siendo en ocasiones muy difícil acreditar esta intención fraudulenta. La práctica contemporánea muestra que los procedimientos arbitrales son cada vez más largos y es cada vez más habitual que la solicitud de medidas cautelares obedezca simplemente a una táctica para retrasar el normal desarrollo del procedimiento arbitral. En la mayoría de los casos las partes solicitan una extensión del plazo habitual de los seis meses; es más, por ejemplo, la duración media de un arbitraje de la CCI oscila entre uno y dos años, pues la Corte prorroga automáticamente los plazos en virtud de lo dispuesto en su Reglamento.

11. Como regla general las partes tienen total libertad para pedir directamente medidas cautelares al juez en transcurso del arbitraje cuestionándose si tal solicitud puede afectar al contenido del convenio arbitral por recurrirse directamente a la jurisdicción ordinaria. La respuesta global a esta cuestión es, *prima facie*, contundente: el auxilio judicial así formulado se fundamenta exclusivamente en la consecución del normal desarrollo del procedimiento arbitral, por lo que no puede implicar en modo alguno una sumisión tácita a los tribunales ordinarios, pues ni es incompatible con el acuerdo arbitral ni constituye una renuncia de éste¹⁹. Esta posición ha sido confirmada, en la jurisprudencia española, por la SAP Madrid, Sección 10, de 20 de noviembre de 1999, con un gratificante recurso a lo dispuesto en las leyes de arbitraje de nuestro entorno pues

“... sin desconocer que constituye una cuestión doctrinalmente controvertida, la existencia de un

¹⁷ P. Bernardini, “Les pouvoirs de l'arbitre”, *Mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage international*, *Bulletin du CCI*, nº 519, 1993, pp. 22 ss.

¹⁸ Los problemas relativos a la eficacia y la posibilidad de solicitar medidas provisionales a escala internacional han sido objeto de numerosos estudios, incluida la labor realizada por el grupo de expertos bajo los auspicios de la *International Law Association* (ILA) que en su 67ª Conferencia, en 1996 aprobó los Principios sobre las Medidas Provisionales y Cautelares en Litigios Internacionales de la Asociación de Derecho Internacional. Dichos Principios de la ILA tienen como finalidad el establecimiento de normas de aplicación general para prestar asistencia a los legisladores nacionales e internacionales en cuanto al ejercicio de la independencia jurisdiccional para otorgar medidas provisionales y cautelares con el fin de asegurar bienes que permitan dar cumplimiento al fallo definitivo.

¹⁹ Art. 14. Regl. Cemar.

convenio arbitral no excluye que asista a las partes la facultad de impetrar de los órganos jurisdiccionales la adopción de medidas cautelares, previa o coetáneamente a la iniciación del arbitraje, mediante las cuales se garantice la efectividad del laudo, y ello aun cuando no se exprese en la solicitud previa al efecto formulada que la parte solicitante se propone poner en marcha la institución arbitral (...). Así se reconoce explícitamente en el art. 1679.2º del Código de Enjuiciamiento belga (...), habiendo señalado el Tribunal de Apelación de Bruselas en SS de 28 de noviembre de 1979 y 23 de junio de 1987 que '... una cláusula compromisoria no puede excluir ni anular el derecho fundamental de obtener a título provisional *-precaire-* una protección de los derechos del demandante en référé, incluso cuando el arbitraje ya está constituido'; el art. 1.022 del Código de Procedimiento holandés (...). Por su parte, los Códigos de procedimiento de Suiza -art. 26- e Italia -art. 669- reservan a los órganos jurisdiccionales estatales la adopción de medidas cautelares, incluso en el caso de que la controversia haya sido sometida a cláusula compromisoria o convenio arbitral²⁰.

B) Garantía del eficiente desarrollo del procedimiento arbitral y del cumplimiento del laudo

12. En términos muy similares al procedimiento judicial, en el procedimiento arbitral las medidas cautelares pretenden dos objetivos esenciales: garantizar el eficiente desarrollo del proceso preservando las posiciones de las partes en tanto se soluciona el litigio y garantizar el cumplimiento del laudo conservando los bienes o efectos necesarios para poder proceder, en su caso, a la ejecución de éste²¹. En el arbitraje comercial, y señaladamente en su dimensión internacional, no existe un régimen uniforme de medidas cautelares, pues éste varía en función de la sede elegida. No puede sorprender que la deslocalización de los procedimientos arbitrales sea en esta materia un factor que favorece el particularismo del cual no es en modo alguno ajena la posibilidad de elegir, con la sede del arbitraje, el régimen de medidas cautelares que impone la ley del Estado designado²²: una ley que determina el ámbito de las facultades que los tribunales arbitrales para adoptar este tipo de medidas. Cosa distinta es la eventual sujeción del árbitro en esta materia a un Derecho procesal estatal determinado, sea el del lugar del arbitraje o el que rige el fondo de la controversia. La deslocalización del arbitraje permite al árbitro, a diferencia del juez que está constreñido por la *lex loci processum*, a decidir acerca de la procedencia de la medida cautelar de acuerdo con las reglas jurídicas que considere más apropiadas y teniendo en cuenta la eficacia de dichas medidas; y ello al margen de si tales medidas precisan de ejecución forzosa²³.

La búsqueda del soporte del sistema judicial para que sean los jueces los encargados de decretar y ejecutar las medidas cautelares está directamente relacionada con el debate acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje y aún existen modelos estatales que no regulan la facultad de dictar las medidas por los tribunales estatales estando pendiente un procedimiento arbitral. Con estos datos es frecuente

²⁰ La Ley, 1999, nº 167116.

²¹ B.M. Cremades, "The Need for Conservatory and Preliminary Measures", *Int'l. Bus. Lawyer*, vol. 27, nº 5, 1999, pp. 193-240.

²² J.C. Fernández Rozas, "El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización", *REDI*, vol. LVII; 2005, pp. 605-636.

²³ F. Mantilla Serrano, *Ley de arbitraje. Una perspectiva internacional*, Madrid, 2005, pp. 145.146.

escuchar que el contenido de la jurisdicción delegada a los árbitros no sólo alcanza a la resolución del conflicto sino también a las accesorias de aquellas. El pronunciamiento de una medida cautelar es un accesorio de las cuestiones que las partes les sometieron pues su finalidad es asegurar los derechos a debatir y no tiene carácter autónomo sino que actúa como una garantía para que el resultado del proceso se pueda concretar y no quede en forma declarativa de derechos. La conclusión es obvia: las medidas cautelares deberán estar comprendidas dentro de aquellas cuestiones respecto de las cuales los árbitros tienen posibilidad de juzgar, siguiendo para dictarlas la regla que es competente el que deba conocer en el proceso principal. Si el juez carece de competencia para conocer en el proceso principal, porque las partes le han quitado la jurisdicción para dicho proceso y se la entregaron al árbitro, deberá abstenerse de decretar medida cautelar alguna por no ser la causa de su competencia. En suma, al tener los árbitros potestad de evaluar la procedencia o improcedencia de las medidas cautelares solicitadas por las partes en el proceso cuentan con la atribución exclusiva para examinar la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, determinar la extensión de la medida y de la contracautela que se requiere del solicitante, resolver sobre el levantamiento o sustitución y los eventuales pedidos de ampliación o mejora. Está dentro de las facultades de los árbitros disponer una medida distinta de la solicitada o limitarla teniendo en cuenta la importancia y la naturaleza del derecho que se intenta proteger. En esta cuestión abunda el art. 17. *quinquies* de la propuesta Uncitral en el sentido de que el tribunal arbitral “podrá modificar, suspender o revocar toda medida cautelar (...) que haya otorgado, ya sea a instancia de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a las partes”.

C) Algunos problemas particulares

13. Un importante interrogante derivado de la práctica atañe a la reticencia de los tribunales arbitrales a dictar este tipo de medidas por temor a exceder sus facultades. La consecuencia de esta actitud no es otra que retrasar indefinidamente el procedimiento y poner en peligro a eventual ejecución del laudo final. En caso de que el tribunal arbitral adopte la medida aparece de inmediato la determinación de cuál es su carácter y si ésta debe estar o no motivada; no en vano cierto sector de la doctrina considera que debe instrumentarse a través de un “laudo parcial”. Otra cuestión vinculada a la anterior deriva directamente del catálogo de medidas que pueden decretarse y del alcance de las mismas. Las normas tanto legales como reglamentarias que regulan esta materia, salvo excepciones muy concretas, confieren a la autoridad concernida en cada caso, juez o árbitro, una amplia libertad para dictar las que consideren conveniente. Su alcance viene determinado por el propio objeto del litigio siendo improcedente respecto de bienes que no estén claramente prefijados en el objeto de la controversia. En cualquier caso el catálogo difiere respecto a que sea un juez o un árbitro el encargado de decretarlas, pues en el caso del primero la operatividad de la medida es mucho más intensa por que a él compete su ejecución, pero en el caso del segundo la flexibilidad es mucho mayor por no estar constreñido al estricto ámbito de las leyes procesales internas. Es más, los reglamentos de las instituciones arbitrales suelen insistir en esta flexibilidad al permitir que decreten en

las medidas “que considere apropiadas” (art. 23.1º Regl. CCI), aunque luego se suscitarán los problemas consiguientes a la hora de su ejecución si el sistema concernido desconoce la concreta medida cautelar. Como regla general será la ley rectora del procedimiento arbitral la que determine a qué órgano compete la adopción de una concreta medida.

Por último se suscita el alcance de la medida. La práctica apunta a su carácter excepcional, debiendo dirigirse exclusivamente a los bienes que sean estrictamente necesarios para garantizar los resultados del procedimiento arbitral; por eso, si el se advierte que los bienes afectados exceden la cantidad de la cual se decretó la medida el árbitro deberá limitar sus efectos a los bienes pertinentes procediendo a su correspondiente identificación.

2. Medidas cautelares anticipatorias al proceso

A) Adopción por el juez: inexistencia de renuncia al arbitraje

14. El problema se suscita cuando existiendo una cláusula compromisoria o un acuerdo arbitral, el demandante pretende solicitar la traba de una medida cautelar antes de iniciar la demanda o postulación arbitral o cuando el tribunal aún no se encuentra constituido; en ese caso la parte puede requerir al juez estatal que la adopte la medida, pues existe una imposibilidad de hecho para que lo haga el árbitro. Es una posibilidad que en los contenciosos en materia de construcción está a la orden del día. Aparecen aquí dos cuestiones. La primera nos conduce, en los contenciosos transfronterizos, a una cuestión de competencia judicial internacional en el siguiente sentido: si se ha presentado ante un tribunal estatal una declinatoria arbitral y ésta aún no se ha pronunciado sobre el asunto cuál es el cauce para resolver sobre una solicitud de medida cautelar. La segunda es mucho más frecuente y se suscita cuando la pretensión cautelar repercute sobre la jurisdicción arbitral pactada; más concretamente si puede considerarse que hay una renuncia a la jurisdicción arbitral y prorrogada a favor de los jueces estatales. La respuesta a ésta cuestión debe ser negativa, pues la solicitud de una medida cautelar no significa la interposición de una demanda y ha tenido un temprano respaldo legal al disponer el art. VI.4º del Convenio de Ginebra de 1961 (CG) “... no deberá ello estimarse como incompatible con el acuerdo o compromiso arbitral”. Dicho en otros términos: la existencia de un convenio arbitral no supone renuncia alguna a la tutela judicial efectiva. Y tampoco puede tener incidencia cuando se está ante un procedimiento de exequátur; en concreto, el ATS de 23 de mayo de 1985 (*VVG Vergungsschrift Verwaltungs Gellsehalt / Desguaces y Salvamentos, S.A.*) no consideró como causa de oposición al reconocimiento y ejecución de un laudo dictado en Londres el hecho de que se hubiere practicado en Bilbao un embargo preventivo, con respaldo en el referido art. VI.4º CG²⁴.

²⁴ RCEA, vol. IV, 1987, pp. 143-144. Vid. C. Esplugues Mota, “National Intervention in International Commercial Arbitration”, *Revue Générale de Droit*, vol. 19, 1988, pp. 94-97.

El juez estatal puede enjuiciar el convenio arbitral internacional, también en función de valorar su competencia judicial internacional, pero en este caso, para adoptar una medida cautelar o provisional asociada al objeto del litigio. A este respecto el art. 9 LMU, siguiendo el tenor del CG, enuncia el principio de que ninguna medida cautelar o provisional que se solicite de los tribunales judiciales en virtud de las leyes procesales nacionales (por ejemplo, embargos previos al laudo) será incompatible con un acuerdo de arbitraje. Al igual que el art. 8, esta disposición se destina a los tribunales de un determinado Estado, en cuanto dispone que la concesión de medidas provisionales es compatible con un acuerdo de arbitraje, independientemente del lugar del arbitraje. Desde el momento en que dispone que es compatible con un acuerdo de arbitraje que una parte solicite esa medida de un tribunal judicial, el art. 9 se aplicará prescindiendo de si la solicitud se hace a un tribunal de un Estado determinado o de cualquier otro Estado. Donde quiera que pueda formularse esa solicitud no podrá invocarse, en virtud de la Ley modelo, como una excepción con respecto a la existencia o eficacia del acuerdo de arbitraje.

No es una consideración inocua. En numerosas legislaciones procesales, la solicitud de aseguramiento cautelar lleva asociada la necesidad de interposición de demanda en cuanto al fondo en un plazo variable. La razón se encuentra en la propia naturaleza de este tipo de medidas, provisional y anticipatoria, que requiere una confirmación posterior. Como son esencialmente temporales, debe existir una posibilidad de ratificación. La idea de que esa confirmación de fondo la aporta el procedimiento arbitral y no sólo el judicial, ha sido uno de los grandes avances de la práctica del arbitraje en la segunda mitad del siglo XX. Pues bien, en el caso de medidas anteriores al procedimiento, el arbitraje se considera la intervención del juez como un medio adecuado para asegurar el carácter temporal de la medida, a la vez que la solicitud de ésta no supone, bajo ningún concepto, renuncia del convenio arbitral pactado²⁵ y no contraría ningún principio de orden público²⁶. Las consecuencias de una posición contraria son altamente ineficaces.

15. Los reglamentos de los Centros de arbitraje son particularmente sensibles a este problema siguiendo el tenor del art. 26.3º Regl. Uncitral, como muestra el art. 21.3º Regl. AAA ("Una solicitud de medidas provisionales dirigida por una parte a una autoridad judicial no será considerada incompatible con el acuerdo de arbitraje o como una renuncia a su derecho de arbitrar") o el art. 23.2º Regl. CCI ("La solicitud que una parte haga a una autoridad judicial con el fin de obtener medidas o la ejecución de medidas similares ordenadas por un tribunal arbitral no contraviene el acuerdo de arbitraje ni constituye una renuncia a éste y no afecta a los poderes del tribunal arbitral al respecto"). Un ejemplo concreto de este pensamiento se refleja en

²⁵ El propio TJCE, en la decisión *Van Uden*, muestra una enorme naturalidad en el tratamiento de las medidas cautelares asociadas a un arbitraje. De hecho, no considera que exista ninguna diferencia en la adopción de las mismas, de acuerdo al art. 24 del Convenio de Bruselas, por el hecho de que el órgano enjuiciador del fondo del asunto sea arbitral.

²⁶ J.C. Rivera "Medidas precautorias en los procedimientos arbitrales (con especial referencia al Derecho argentino)", *Revista Peruana de Arbitraje*, nº 3, 2006, p. 336.

la jurisprudencia argentina, al establecer la sentencia de la Cámara Nacional Comercial de 16 de diciembre de 2005 (*Dong Won, S.A. / Compañía Petrolera Petroleum World, S.A.*) que la solicitud de una medida cautelar en sede judicial, no significa desconocer la cláusula compromisoria pactada respecto de la competencia del tribunal arbitral elegido, dejando sentado que la demanda por el fondo de la cuestión debe ser ventilada ante dicho tribunal arbitral. De acuerdo con esta decisión

“La peticionaria de las medidas cautelares (de no innovar y de inhibición general) impetradas en sede judicial, no desconoció la cláusula compromisoria pactada respecto de la competencia del Tribunal de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, dejando sentado que la demanda por el fondo de la cuestión será ventilada ante dicho tribunal arbitral.

Corresponde destacar que conforme se desprende del art. 33 *in fine* del Reglamento del Tribunal de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, las partes podrán igualmente solicitar las medidas cautelares judicialmente, sin que ello implique contravenir el convenio de arbitraje. En efecto, si bien el citado tribunal tiene facultades para disponer medidas cautelares en los términos del artículo antes citado tal circunstancia no excluye la posibilidad de que las partes opten por requerirlas judicialmente...”.

B) Adopción por el Centro de arbitraje

16. Junto al recurso a la jurisdicción estatal la práctica contemporánea ha ensayado otras fórmulas, como el concurso directo de la institución arbitral caso de que el arbitraje sea administrado. Si no existe todavía el tribunal arbitral constituido se ha considerado que, en caso de que la cláusula arbitral opte por un arbitraje administrado, sea el Centro de arbitraje el que cumpla con este cometido a través de la designación de un tercero *ad hoc* que se ocupe de la cuestión a través de un procedimiento especial²⁷.

Un ejemplo concreto se contiene en los arbitrajes administrados por la CCI toda vez que esta entidad ha elaborado un Reglamento de *Référé Pre-Arbitral* que está en vigor desde el 1 de enero de 1990 que incorpora un procedimiento complementario del Reglamento de Arbitraje de la CCI de 1998 y que se pone a disposición de los operadores del comercio internacional²⁸. A través de este mecanismo se permite la adopción de una medida cautelar de forma rápida por un tercero imparcial denominado *référé* cuando el tribunal arbitral todavía no se ha constituido; es una fórmula inspirada en el Derecho procesal francés que contempla un procedimiento de urgencia que permite obtener en un plazo muy breve una decisión judicial; en su acepción más amplia dicho mecanismo permite que un juez o que un árbitro adopte

²⁷ K.P. Berger, “Pre-Arbitral Referees: Arbitrators, Quasi-Arbitrators, Hybrids or Creatures of Contractual Law?”, *Global Reflections on International Law, Commercial and Disputes Resolution. Liber Amicorum in honour of Robert Brinner*, París ICC, 2005, pp. 73-87.

²⁸ http://www.iccwbo.org/court/french/refere/all_topics.asp#reglement. Vid. Ch. Hausmaniger, “The ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure: A Step Towards Solving the Problem of Provisional Relief in International Commercial Arbitration?”, *ICSID Review*, vol. 7, n° 1, 1992, pp. 82-113; J.Y. Garaud y Ch. H. de Taffin, “The ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure”, *ICC ICArb. Bull.*, vol. 16, n° 1, 2005, pp. 33-63.

decisiones de carácter provisional destinadas a facilitar el desarrollo futuro de un procedimiento o la defensa de los intereses de una parte antes de que tenga lugar el procedimiento principal. Esta institución, sin embargo hasta tiempos recientes no ha contado con una difusión relevante y tampoco ha sido utilizado mayoritariamente²⁹. La situación parece que puede experimentar un cambio a partir de la Sentencia de la *Cour d'appel* de París, de 29 de abril del 2003 por la que se denegó una acción de anulación contra una "*ordonnance de référé pré-arbitral*" considerando que el tercero que debe decidir la cuestión no prejuzga en ningún caso el fondo del asunto y que se limita a recibir de las partes un mandato en tan sentido que resulta contractualmente obligatorio para las mismas; consecuentemente en función del carácter contractual de tal mandato resulta improcedente la aplicación de las normas que regulan el recurso de apelación contra los laudos arbitrales³⁰. En efecto, nada se opone a que las partes convengan la posibilidad de un procedimiento *ad hoc*, aunque para ello es preciso que operen una serie de condiciones objetivas entre las que se encuentra la necesidad de que el tercero tenga un poder habilitante para adoptar en breve plazo la medida antes de que el tribunal arbitral o el juez. Otros Centros de arbitraje han adoptado procedimientos similares; concretamente la AAA cuenta con las *Optional Rules for Emergency Measures of Protection*, que también son de aplicación facultativa por las partes.

Junto a estas opciones otros Centros asumen lo que pudieran calificarse de "soluciones integradas" permisivas de que a partir de una cláusula arbitral ordinaria y sin necesidad de un acuerdo especial se produzca la designación del tercero que resuelva la cuestión que estamos estudiando, porque así lo especifica el propio Reglamento de arbitraje. Esta posibilidad está prevista por el Regl. Instituto Holandés de Arbitraje, que dedica la Sección 4 (a) a fijar un procedimiento sumario especial que resolverá un árbitro único³¹; y, en América Latina se recoge en el art. 22.2º Regl. Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (Cedca) de Venezuela

"Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando circunstancias de urgencia lo ameriten, cualesquiera de las partes podrá, antes del nombramiento de los árbitros previsto en los arts. 9 y 10 de este Reglamento, y previo el pago de las costas previstas en el Apéndice II de éste, solicitar al Director General del CEDCA que designe de la lista oficial de árbitros, un Tribunal Arbitral, compuesto, a juicio del Director General, por uno o tres árbitros, para que resuelva sobre el decreto de las medidas cautelares solicitadas. La designación de estos árbitros, la hará el Director General, de manera rotativa entre los inscritos en la lista oficial de árbitros que no estén actuando en ese momento como tales en un arbitraje administrado por el CEDCA. Cualquier medida decretada por dicho Tribunal Arbitral, debe estar subordinada al otorgamiento de una garantía suficiente y eficaz para responder a la parte contra quien obre la medida por los daños y perjuicios que ésta pudiere ocasionarle. Estas medidas deberán ser decretadas mediante decisión motivada".

²⁹ Ha tenido cierta difusión la Ordenanza de "*référé pre-arbitral* CCI" de 6 de febrero de 2000, pronunciada en el arbitraje CCI nº 11904. Vid. E. Gaillard y Ph. Pinsolle, "The ICC Pre-Arbitral Referee: First Practical Experiences", *Arb. Int'l*, vol. 20, nº 1, 2004, pp. 13-37.

³⁰ *Juris-Classeur Périodique. Edition Entreprise*, 2004, nº8-9, pp.322 ss y notas de Ch. Kaplan y G. Cuniberti.

³¹ <http://www.nai-nl.org/english/info2.html>.

3. Alcance extraterritorial de las medidas

17. Hasta ahora se ha estudiado el auxilio prestado por el juez estatal a solicitud de los árbitros pero dentro de un determinado ámbito territorial. Sin embargo el arbitraje internacional precisa con mucha frecuencia que la adopción de las medidas cautelares se practique en el extranjero. El alcance extraterritorial de la medida dictada por el árbitro está en función directa de la instrumentalización procesal de la misma pues como hemos tenido ocasión de comprobar ésta podía ser una mera recomendación o integrarse en un laudo provisional o interlocutorio.

En el primer caso la eficacia que estamos estudiando tendrá un carácter meramente fáctico y, a lo más, podría fundamentar una nueva solicitud de medida cautelar ante los tribunales del país donde se pretende ejecutar. En el segundo caso las vías varían según el sistema ante el que nos situemos pudiéndose intentar la eficacia extraterritorial de la medida acudiendo a la vía de la cooperación judicial internacional o poniendo en marcha el correspondiente procedimiento de exequátur ante la jurisdicción extranjera del laudo provisional o interlocutorio pronunciado por el tribunal arbitral si allí se admite el reconocimiento de este tipo de decisiones cautelares cuando sean ordenadas por tribunales extranjeros; téngase en cuenta que los arts. IV y V CNY de 1958 no impiden la posibilidad del reconocimiento de este tipo de decisiones³²; será necesario que concurren una serie de requisitos, que el Reglamento de arbitraje o la Ley de arbitraje a que las partes hayan elegido admita que adopten la forma de laudo; que la Ley del país donde se pretende su ejecución les confiera fuerza ejecutoria, y, por último, que dicho Estado haya ratificado la referida CNY de 1958. Sin embargo, únicamente una minoría de sistemas acepta carácter ejecutivo a estas medidas, por lo que la aplicación a las mismas del referido texto internacional aún no se ha generalizado. Y a ello hay que añadir que el cauce del exequátur que propicia la CNY es de por sí lento y complicado y no favorece en modo alguno la necesaria inmediatez inherente a las medidas cautelares.

El problema es que en ausencia de una reglamentación convencional específica no puede exigirse a un juez extranjero una obligación de colaboración. Mas la ausencia de una obligación expresa en esta materia no impide que el tribunal arbitral o una de las partes se dirijan a la autoridad judicial extranjera solicitando la adopción de las referidas medidas³³. La regulación de los distintos sistemas en presencia no ha llegado tan lejos como pudo esperarse. La limitación del arbitraje en materias

³² F.J. Garcimartín Alférez, *El régimen de las medidas cautelares...*, op. cit., pp. 198-200.

³³ La doctrina de algunos países contemplan tan posibilidad añadiendo que el juez nacional debe adoptar una medida de este tipo si esta es solicitada en el curso de un arbitraje desarrollado en el extranjero. Vid. para el sistema suizo Vid. P. Lalive, J.F. Poudret y C., Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausana, 1988, p. 368; F. Gerhard, "La compétence de juge d'appui pour prononcer des mesures provisoires extraterritoriales", *SZIER/RSDIE*, 1999, pp. 97-141.

consideradas competencia exclusiva no es ni correcta ni coherente con la práctica internacional; pero además, el límite se impone sólo a los arbitrajes que se desarrollen fuera del territorio del Estado donde las medidas deben solicitarse. Es otra muestra de las consecuencias que el criterio territorialista produce en el arbitraje. Más allá de otras consideraciones, baste con decir que esta situación, confrontada con el arbitraje comercial internacional no es, sencillamente, lógica.

18. Como hemos apuntado la regulación contenida en la CNY no permite afirmar con precisión la posibilidad o imposibilidad de reconocer y ejecutar una resolución arbitral provisional que ordene la adopción de medidas cautelares, existiendo argumentos tanto favorables como contrarios³⁴. En apoyo de la posición contraria se alude a lo dispuesto en la letra e) del art. V.1º CNY, que establece como causa de denegación del reconocimiento y ejecución que la sentencia arbitral no sea aún obligatoria para las partes o haya sido anulada o suspendida por la autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada esa sentencia y a ello se agrega que el art. VI CNY dispone que si se hubiera pedido la anulación o la suspensión del laudo a la autoridad del país en que o conforme a cuya ley se hubiera dictado el laudo arbitral (país de origen), el solicitante del exequátur podría solicitar a la autoridad ante la cual pidiera la ejecución del laudo que adoptara medidas cautelares frente a la otra parte, en caso de que decida aplazar la decisión acerca del reconocimiento y ejecución del laudo. No obstante, frente a estos argumentos, existen otros favorables. Uno de carácter formalista: dado que una medida cautelar arbitral extranjera podría no estimarse ejecutable por su falta de obligatoriedad o firmeza, podría adoptar la forma de "laudo parcial" en vez de como laudo provisional, el cual sí que podría acceder al exequátur³⁵. Y se añade otro argumento basado en una interpretación finalista de la tutela cautelar: si es cierto que el art. V CNY no niega la posibilidad de reconocer y ejecutar decisiones sobre medidas cautelares resultaría admisible que un árbitro ordenase una medida cautelar y que un tribunal estatal la ejecutara³⁶. Por estas razones debe ser saludada la propuesta Uncitral en el sentido de que toda medida cautelar dictada por un tribunal arbitral "se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser demandada ante el foro judicial competente, cualquiera que sea el país en donde haya sido ordenada" (art. 17.*novies*); si bien se establecen en el art. 17.*decies* una serie de motivos para denegar el reconocimiento y la ejecución de una medida cautelar con referencia a los incisos i), ii), iii) y iv) del ap. a) del art. 36.1º LMU, al hecho de que no se haya prestado la garantía exigida por el tribunal arbitral, o a la circunstancia de que la medida de referencia haya sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral o, en caso de estar facultado para ello, por un tribunal del estado donde se realice el arbitraje.

³⁴ Vid. J.C. Ortiz Pradillo, *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, Madrid, 2006, pp. 83-88.

³⁵ Vid. A.L. Calvo Caravaca, "Medidas cautelares y Arbitraje Privado Internacional", *La Ley*, n.º 6128, 2004, p. 5

³⁶ F.J. Garcimartín Alférez, *El régimen de las medidas cautelares...*, op. cit., pp. 197-199.

III. TRAYECTORIA DE LA COLABORACIÓN DE JUECES Y ÁRBITROS

1. Riesgos y contradicciones del auxilio estatal

19. La cuestión de las medidas cautelares a adoptar en relación con un procedimiento o laudo arbitral continúa revistiendo un carácter controvertido, lejos de una solución unívoca. Dicho carácter se manifiesta en el alcance de la colaboración entre jueces y árbitros: cuándo y cómo puede un juez dictar una medida cautelar, que asegure los bienes, litigiosos o garantes del objeto del litigio que se resuelve mediante un procedimiento arbitral. Sin pretender entrar en la polémica doctrinal respecto al contenido de estas actuaciones³⁷, nos referimos a un conjunto de medidas caracterizadas por constituir un instrumento accesorio respecto de un procedimiento principal ya iniciado, que su adopción está limitada a la duración de tal procedimiento y que implican, en cierto modo, anticipar la ejecución, a reserva de lo que se decida al final del procedimiento principal³⁸. Ni que decir tiene que las decisiones que adoptan una medida cautelar o precautoria ofrecen evidentes dificultades de circulación internacional y que, por lo general, desprenden sus efectos en el territorio del juez que las adopta y no en el extranjero. Ello explica el escaso tratamiento que deparan a esta cuestión las convenciones internacionales sobre auxilio judicial internacional³⁹.

Se trata de ensayar ahora la viabilidad de la intervención judicial en el arbitraje, como una actuación exterior al procedimiento arbitral, según la cual las partes pueden solicitar del juez el aseguramiento de determinados bienes relacionados con un arbitraje. Sólo las autoridades judiciales pueden, a partir de aquí, adoptar medidas cautelares; ocurre así, en Italia (art. 818 CPC), en Suiza (art. 26 *Concordat intercantonal sur l'arbitrage*)⁴⁰ en Bélgica⁴¹ o en Francia, que presentan sistemas completos al respecto, con la previsión, en el último caso, del *juge des référés* como órgano expresamente previsto para dictar medidas provisionales, aunque siempre en el respeto a lo que dispongan las partes⁴². Y las partes pueden disponer, en uno y otro caso, que los árbitros dicten las medidas cautelares, aunque con algunas limitaciones que se analizarán más adelante.

20. La adopción de las medidas cautelares por los jueces implica una serie de ventajas frente a su adopción por los árbitros. En primer lugar, el órgano

³⁷ F. Knoefler et Ph. Schweizer, "Les mesures provisoires et l'arbitrage", *Recueil des travaux suisses sur l'arbitrage international*, Lausanne-Zurich, 1984, pp. 223-224.

³⁸ F. Ramos Méndez, *Derecho Procesal civil*, Barcelona, 1980, pp. 899 ss; *id.*, "Arbitrage international et mesures conservatoires", *Rev. arb.*, 1985, p. 53.

³⁹ G. de Leval, "Le juge et l'arbitre: les mesures provisoires", *Rev. dr. int. dr. comp.*, vol. 70, 1993, p. 12-13.

⁴⁰ G. Brogini, "I provvedimenti cautelari nell'arbitrato internazionale. Analogie e differenze delle soluzioni italiana e svizzera", *L'arbitrato commerciale internazionale in Svizzera e in Italia*, Milan, 1992, pp. 79-97.

⁴¹ Art. 1679.2º Cod. Jud. belga.

⁴² J. Robert, *L'arbitrage, droit interne et droit international privé*, 6ª ed., París, 1993, pp. 272 ss.; M de Boissésón, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, 2ª ed., París, 1990, pp. 759 ss.

jurisdiccional existe con carácter permanente, de ahí que no es preciso esperar a su constitución para poder instarlas. En segundo lugar, el órgano jurisdiccional puede ejecutar directamente la medida cautelar acordada ante el incumplimiento voluntario de la parte afectada. Si bien hay que matizar esta ventaja, por cuanto que su eficacia se limitará, en principio, al territorio del Estado en que se ha dictado. El apoyo prestado por la jurisdicción estatal a la arbitral es, pues necesario; sin embargo, presenta contradicciones y peligros. Al acudir a los tribunales en ayuda del procedimiento de arbitraje las partes se colocan en la situación que han tratado de evitar precisamente por medio del compromiso arbitral, aunque sólo sea para un concreto aspecto relacionado con la controversia como es la adopción de medidas cautelares. El recurso al juez puede, además, destruir algunas típicas ventajas del arbitraje, como la rapidez, privacidad o confidencialidad; e incluso puede conducir a una simple y llana sustitución del procedimiento arbitral. Este último sería el caso si a partir de la solicitud de una medida cautelar se dedujera por el juez una sumisión tácita a la jurisdicción estatal, con abandono del procedimiento arbitral, prescindiendo de la gran cantidad de preceptos de la práctica arbitral establecen expresamente que la solicitud de medidas cautelares al juez estatal no debe considerarse como una renuncia al arbitraje⁴³. Este mismo riesgo de “sustitución” de la vía arbitral sería el de la decisión cautelar que, anticipando la resolución del fondo, la suplanta, porque las partes pierden interés en el proceso. La intervención del tribunal estatal en el otorgamiento de medidas cautelares ha de ser, en consecuencia, cuidadosa, a fin de no convertirse en un obstáculo incompatible con el desarrollo del proceso arbitral: se dice incluso que ha de ser subsidiaria y restringida⁴⁴.

Las relaciones entre jueces y árbitros en el sector que estamos considerando han superado una larga etapa de reticencia que se traducía en diversos obstáculos procesales. Por otra parte, y desde un punto de vista técnico, la posibilidad de acceder a aseguramiento cautelar para los participantes en un arbitraje facilita enormemente las cosas para el buen funcionamiento y término de la fase arbitral. Se desprende, pues, que debe terminarse con la posibilidad de que, quien recurre al juez

⁴³ V.gr. Art. VI.4º CG 1961, art. 26 Regl. Uncitral, art. 23.3º Reglamento de arbitraje internacional de la American Arbitration Association, etc...

⁴⁴ En esta línea, determinados reglamentos de instituciones de arbitraje, como la CCI, el CIADI, o la LCA, recogen la posibilidad de solicitar medidas cautelares o provisionales a los Tribunales, pero al mismo tiempo las condicionan a la concurrencia de requisitos: por ejemplo, de orden temporal, como sucede en el art. 23.2º del Reglamento de la CCI (la solicitud por las partes debe producirse “antes” de transmitir la demanda al tribunal arbitral; después, sólo es posible si se dan las “circunstancias apropiadas”), o en el art. 25.3º del Reglamento de la *London Court of International Arbitration* (el derecho de las partes de requerir la tutela cautelar de un tribunal estatal existe “antes” de la formación del tribunal arbitral, y sólo “excepcionalmente” después); este precepto *in fine* presume que las partes, al acogerse al mismo, renuncian a la jurisdicción estatal en relación con las medidas a las que se refiere el art. 25.2º, que sólo puede pronunciar el tribunal arbitral. Es pertinente añadir en este punto la práctica americana no tan lejana en el tiempo que interpretaba el art. II CNY como una prohibición de concesión de medidas cautelares por parte de los tribunales estatales. Vid. J.D. Becker, “Attachments in Aid of International Arbitration. The American Position”, *Arb. Int'l.*, 1985, pp. 40-48; P. Schlosser, “The Competence of Arbitrators and of Courts”, *Arb. Int'l.*, 1992, pp. 189-204, esp. p. 193-194. A. Reiner, *loc. cit.*, p. 878-879.

nacional para solicitar medidas provisionales, estando involucrado en un procedimiento arbitral, se encuentre asimilado al supuesto de sumisión tácita a los tribunales estatales.

21. Una de las manifestaciones más relevantes de la función auxiliar del juez atañe a las medidas cautelares o precautorias que pueden ser adoptadas con anterioridad o a lo largo del procedimiento arbitral⁴⁵. Indudablemente estamos ante una competencia que se reconoce al juez estatal en uso de su competencia jurisdiccional. El problema es si tal facultad puede atribuirse de forma exclusiva a los árbitros pues su intervención a título provisional o conservatorio es materialmente difícil, especialmente antes de la introducción de un procedimiento arbitral. No en vano, una posición favorable a la necesidad de auxilio judicial relegaría la función del árbitro a la de mero interlocutor o, si se quiere un mero sustituto procesal.

Por lo general la urgencia es la razón de ser de las medidas en cuestión; mas, sea cual sea la eficacia del mecanismo previsto por una cláusula de arbitraje para la designación de los árbitros, es poco probable que puedan ser nombrados en un plazo lo suficientemente breve como para que las medidas provisionales o conservatorias que pueden tomar, intervengan a tiempo, sobre todo si éstas implican la puesta en práctica de un poder de mandato (*imperium*), del que carece el árbitro. Por ello, las partes suelen preferir apelar a las autoridades judiciales, cuando estiman que son indispensables las medidas provisionales de urgencia. En Argentina, la Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de 18 de marzo de 2004 (*Arktikmorneftegazrazvedka*) es sumamente didáctica al exponer en problema que nos ocupa,

“Los reglamentos de arbitraje internacional institucional más modernos prevén que las partes en conflicto puedan dirigirse a una autoridad judicial a fin de solicitar la adopción de medidas provisionales, y esa conducta ‘no se considerará incompatible con el convenio de arbitraje, ni como una renuncia a ese convenio’ (art. 23.3º del Reglamento de Arbitraje de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, vigente desde el 1/4/2002; en el mismo sentido, art. 23.2º del Reglamento de arbitraje de la CCI, vigente desde el 1/1/1998, y art. 9 de la Ley Modelo sobre arbitraje Comercial Internacional aprobada el 21/6/85 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional). No obstante, este último instrumento -no adoptado por la República Argentina pero reconocido como un sistema internacionalmente aceptado de equilibrio, conf. Boggiano A., “Curso de Derecho Internacional Privado”, Abeledo Perrot, 4ª edición, 2003, pág. 851- prevé que una vez constituido el tribunal arbitral, las partes deben contar con su aprobación para pedir la asistencia de un tribunal estatal competente para la ‘práctica de pruebas (art. 27 Ley Modelo, citada). En doctrina se sostiene la conveniencia de que, una vez iniciado el arbitraje, sea el árbitro o la entidad administradora del arbitraje quienes estén facultados para adoptar las medidas cautelares”

Ahora bien, si el convenio arbitral confiere al árbitro la posibilidad de adoptar cualquier tipo de medida para garantizar los derechos y las obligaciones de las partes a lo largo del procedimiento arbitral es porque las partes en el ejercicio de la autonomía de la voluntad han decidido tal situación. Y esta situación se ve reforzada

⁴⁵ Vid. J.C. Fernández Rozas, “Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international”, *R. des C.*, t. 290, 2001, pp. 161 ss.

en el arbitraje administrado porque así lo establece la generalidad de los Reglamentos de arbitraje. El problema es que ante la reticencia de una de las partes en el cumplimiento de la medida dictada por el árbitro, éste carece de potestad sancionadora. Es frecuente escuchar tópicos tales como que, ciertamente, el árbitro es titular de un “poder teórico” para acordar la medida, pero por las especiales características que registra el procedimiento arbitral, está incapacitado para dictarla de manera eficaz⁴⁶. Por eso estamos ante una atribución de competencias a los árbitros que en modo alguno elimina la posibilidad de acudir a los tribunales estatales para que adopten medidas de este tipo. Es importante, además, analizar la posibilidad de otorgar al árbitro, órgano decisor de la controversia a la que se asocia la medida cautelar, el poder para dictar su contenido y extensión. Con carácter previo a cualquier otra consideración, es preciso advertir que el estudio de esta cuestión no puede encuadrarse fuera del propio fundamento y fin de cada una de las instituciones.

2. Actuación directa de los árbitros

22. Si tenemos en cuenta que las medidas cautelares tienen como objetivo asegurar el resultado útil del proceso, no debe existir ningún obstáculo para conferir al órgano que está conociendo de la demanda principal y que debe, a la postre, decidir el litigio, la facultad para pronunciarse sobre la procedencia o no de dicha medida⁴⁷. Cuando el tribunal arbitral acepta nombramiento para resolver una controversia sobre el fondo del asunto asume, al mismo tiempo, el compromiso de cumplir en su integridad la misión que se le ha encomendado incluyendo la adopción de todas aquellas medidas destinadas a preservar el objeto del litigio. No existe, pues, inconveniente alguno para que las partes atribuyan expresamente en el convenio arbitral poder a los árbitros en esta materia, aunque no suele ser práctica habitual; tampoco existe ningún inconveniente en que este poder se confiera en el “Acta de misión” y esta posibilidad suele ser utilizada. Pero a falta de tal delegación, algunos sistemas estatales de arbitraje modernos⁴⁸ y la generalidad de los Reglamentos de arbitraje confiere al árbitro el poder de acordarlas, incluyéndose la posibilidad de ordenar una fianza de la parte que se beneficia de la misma. Y esta potestad está limitada únicamente por la ley rectora del procedimiento arbitral o por la ley del lugar donde deba ejecutarse la tutela solicitada.

23. La decisión del árbitro en la adopción de la medida puede adoptar dos modalidades principales. La primera de ellas sería una mera ordenanza procesal

⁴⁶ P. Ouakrat, “L’arbitrage commercial international et les mesures provisoires: étude générale”, *DPCI*, t. 14, 1988, pp. 244-245.

⁴⁷ F.J. Garcimartín Alférez, *El régimen de las medidas cautelares...*, *op. cit.*, p. 187.

⁴⁸ Tal es el caso del art. 364 de la nueva Ley de Procedimiento Civil suiza, relativo a las medidas cautelares.

recomendando a la parte concernida la ejecución de la medida; presenta sin embargo el inconveniente de carecer de fuerza jurídica obligatoria y de no posibilitar su cumplimiento conforme al *imperium* de la jurisdicción estatal. Por eso suele explicitarse en un laudo provisional o interlocutorio con fuerza obligatoria susceptible de ser reconocido por dicha jurisdicción a los efectos de su oportuna ejecución⁴⁹. A este efecto el art. 26.2º RAU prevé que las “medidas provisionales podrán estipularse en un laudo provisional”.

En la actualidad es cada vez más frecuente la aparición de reglas convencionales o reglamentarias que abordan la cuestión de las medidas cautelares y que se fundamentan, precisamente, en esta idea fundamental de cooperación entre jueces y árbitros, pero para dar un paso al frente. Por eso es importante prestar atención a la posibilidad de llevar a cabo la adopción de medidas cautelares en el desarrollo de un arbitraje directamente por los árbitros. Varios Reglamentos internacionales de arbitraje reconocen esta posibilidad (art. 26 Regl. Uncitral⁵⁰, art. 34 Regl. AAA, regla C Regl. LCIA, art. 8.5º Regl. CCI, art. 20.1º Regl. Corte Española de Arbitraje, entre otros). Sin duda, el sistema más acabado al respecto se encuentra en el citado Reglamento elaborado en el seno de la Uncitral cuyo art. 26 dice textualmente:

“1. A petición de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias respecto del objeto en litigio, inclusive medidas destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto en litigio, como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes percederos.

2. Dichas medidas provisionales podrán estipularse en un laudo provisional. El tribunal arbitral podrá exigir una garantía para asegurar el costo de esas medidas.

3. La solicitud de adopción de medidas provisionales dirigida a una autoridad judicial por cualquiera de las partes no se considerará incompatible con el acuerdo de arbitraje ni como una renuncia a ese acuerdo”.

La cuestión se reduce a determinar, si el árbitro puede dictar medidas cautelares que ejecutará el juez, generalmente, el del lugar del cumplimiento de la medida. Y esta posibilidad resulta totalmente factible. En función de que los intereses en juego son idénticos, si se reconoce a los árbitros el poder de decidir con efecto ejecutivo, aunque sin la posibilidad de ejercer coacción respecto al cumplimiento, nada debe oponerse a que el árbitro acuerde medidas cautelares, su contenido y extensión, y éstas sean ejecutadas por el juez, después de realizar determinados y someros controles del laudo (preferentemente provisional) que acuerde la medida⁵¹. Y ello es particularmente evidente por el hecho que la medida se suele cumplir voluntariamente por la parte. Por esto cuando las partes han habilitado al árbitro para ello en el convenio arbitral, o se han sometido expresamente a uno de los Reglamentos que prevén esta competencia arbitral, nada impide que se de ejecución a la medida y ésta debiera recogerse, entre otras fórmulas a las que nos referiremos más adelante, en un laudo interlocutorio o parcial dictado antes de comenzar el procedimiento arbitral

⁴⁹ *Ibid.*, pp. 197-198.

⁵⁰ Res. 31/98 AG des NU, de 15 de diciembre de 1976.

⁵¹ *Vid.* F. Knoefler y Ph. Schweizer, “Les mesures provisoires...”, *loc. cit.*, pp. 229-231.

propiamente o en su transcurso⁵². Indudablemente, el laudo deberá dictarse respetando estrictamente la audiencia de la parte contra la que se dicta la medida y mediante un laudo interlocutorio, para la duración del procedimiento arbitral, aunque directamente ejecutivo y definitivo dentro de sus límites.

24. Conferida tal facultad, y con independencia que sean las partes las que por lo general solicitan su adopción, tampoco debería existir inconveniente en que pudiesen ser dictadas de oficio por el árbitro siempre y cuando no exista un acuerdo en contrario que excluya la protección cautelar en el concreto litigio o que limite la posibilidad de su adopción. Nos hallamos, sin embargo, ante una cuestión polémica, pues puede darse el caso que los árbitros dicten una medida cautelar por iniciativa propia que sea inadecuada y que, en consecuencia, perjudique a una de las partes lo que entrañaría daños de muy difícil reparación porque en este caso no existiría el requisito de la caución. Por esa razón la mayor parte de los sistemas nacionales y de los reglamentos de las instituciones de arbitraje exigen que la solicitud de las medidas sea a instancia de parte, siguiendo el tenor de “a petición de una de ellas” recogido en el art. 17 LMU. Se busca con ello preservar el principio de audiencia y contradicción al considerarse que la otra parte debe ser escuchada antes de resolver, salvo en el caso de que, proceder de este, modo entrañe el riesgo de frustrar la medida solicitada.

Ante la posibilidad de que el tribunal arbitral otorgue medidas cautelares sin motivos justificados debe facultarse a la parte que las haya solicitado a indemnizar los daños y perjuicios sufridos por la otra parte como consecuencia de la ejecución de la medida o de la necesidad de haber prestado una garantía dineraria para evitar tal ejecución. En esta cuestión abunda el art. 17.octies de la propuesta Uncitral al determinar que el solicitante de la medida “será responsable de las costas y de los daños y perjuicios que dicha medida (...) ocasione a la parte contra la que sea aplicable”.

25. La adopción por el árbitro de las medidas sin la audiencia de una de las partes (*inaudita parte*) también ha sido objeto de discusión en el ámbito de la Uncitral a propósito de la revisión de la LMU. El principal argumento en contra de las denominadas medidas *ex-parte* estribaba en que podrían implicar una quiebra del principio de imparcialidad procesal al permitir el contacto unilateral de una de las partes con el tribunal. La propuesta Uncitral de reforma de la LMU intentó responder a esta cuestión a través de las denominadas “órdenes preliminares”. De acuerdo con el art. 17.ter de la propuesta, salvo acuerdo en contrario de las partes, “toda parte podrá demandar una medida cautelar sin dar aviso a ninguna otra parte y solicitar una orden preliminar del tribunal arbitral por el que se ordene a alguna parte que no frustre la finalidad de la medida cautelar demandada”; el mismo precepto faculta al tribunal arbitral (“podrá”) para emitir la referida orden preliminar “siempre que considere que la notificación previa de la demanda de una medida

⁵² Y. Derains, “Expertise technique et référé arbitral”, *Rev. arb.*, 1982, pp. 239-251.

cautelar a la parte contra la cual esa medida vaya dirigida entraña el riesgo de que se frustre la medida demandada⁵³.

Con independencia del futuro del texto transcrito es evidente que como regla general la respuesta debe ser positiva pues la emisión de una orden de este tipo no requiere una plena certeza del derecho provisionalmente protegido, ni es forzoso tampoco que se siga con antelación a quien las sufre; en la mayoría de los casos, además la audiencia previa del afectado podría perjudicar la efectividad de la medida⁵⁴. Algunas legislaciones de América Latina dan una respuesta positiva a esta cuestión, *v.gr.* el art. 24.2º LA Py dispone que “Las medidas cautelares dispuestas por el tribunal arbitral serán efectivizadas por orden judicial adoptada *inaudita parte* dentro de tercero día de solicitado por dicho tribunal”.

26. La opción de que sean los árbitros los que adopten la medida cautelar es, pues irrefutable, pues éstos son los que disponen de una mayor información acerca de la conveniencia de su adopción al estar conociendo del asunto principal y poder apreciar con rapidez cuál es la medida más adecuada a la pretensión formulada y cual es el procedimiento más rápido para llevarla a cabo; con ello se evitan las inevitables tácticas dilatorias que pudieran suscitarse ante el juez y consiguiendo una apreciable reducción de los costes procesales. Con ello se preserva, además el principio de confidencialidad consustancial al arbitraje.

La viabilidad apuntada no está exenta de dificultades señalándose tres importantes limitaciones a la competencia de los árbitros⁵⁵: que deben circunscribirse a la materia objeto de la controversia, lo cual no es en todas las ocasiones una cuestión pacífica pues el objeto del proceso principal y el del proceso cautelar pueden no ser idénticos; que las medidas no pueden afectar a terceros ajenos a la controversia, *v.gr.* no se puede obligar a un banco a que deniegue una determinada garantía bancaria si es ajeno al procedimiento arbitral; y, por fin, que el árbitro carece de la coactividad que es inherente a la jurisdicción estatal, lo que le impide, por ejemplo, imponer sanciones a la parte renuente en forma de responsabilidad por daños y perjuicios. En la práctica, la competencia de los árbitros en esta materia puede encontrar alguna cortapisa en función de dos factores: la voluntad de la parte en cumplir el aseguramiento cautelar que se ordena y el lugar donde deba llevarse a cabo tal aseguramiento de conformidad con la legislación procesal vigente en orden a la ejecución de medidas de este tipo acordadas por un órgano no jurisdiccional. En definitiva, si la parte no cumple voluntariamente la medida acordada, es inevitable el recurso al juez de ejecución de la misma, lo cual puede ocurrir en numerosos casos y con resultado imprevisible.

⁵³ D.P. Fernández Arroyo, “Acerca de la introducción de las llamadas medidas cautelares ex-parte en la Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional,” *DeCITA*, nº 3, 2005, pp.328-331

⁵⁴ H. van Houtte, “Ten Reasons Against a Proposal for Ex Parte Interim Measures of Protection in Arbitration”, *Arb. Int'l.*, vol. 20, 2004, pp. 85-95.

⁵⁵ F.J. Garcimartín Alférez, *El régimen de las medidas cautelares...*, *op. cit.*, pp. 192-193.

27. La solución descrita no deja de ofrecer dificultades prácticas pues la propia naturaleza de la institución arbitral, entendida como un método mixto de solución de controversias, impide articular una solución efectiva. Se alegan, contra la decisión de las medidas cautelares por los árbitros, dos argumentos respecto a su adopción⁵⁶ y uno relativo a la ejecución⁵⁷. En el primer caso, es el carácter obligadamente contradictorio de toda decisión ejecutiva en el arbitraje, el que impide pensar en una eficacia real de las medidas: el efecto sorpresa que, muchas de ellas, pretenden alcanzar, quedaría frustrado. Quedaría igualmente vacía de efectos, en segundo lugar, en el caso que la medida tuviera un efecto directo sobre los derechos de terceros, en cuyo caso el origen estrictamente convencional del arbitraje impediría cualquier consecuencia precautoria, como no fuera con consentimiento del tercero afectado⁵⁸. A dichos inconvenientes prácticos hay que añadir que, en las normativas que contienen una previsión como la que se expone, dejan siempre a puerta abierta al recurso a los órganos judiciales, si la parte concernida no adopta la medida adoptada por el árbitro. Es una solución pactada, que se encuentra también en las legislaciones latinoamericanas que otorgan a los árbitros competencia para dictar tales medidas es la misma que la que tienen los jueces, sin que ello suponga renunciar al convenio arbitral, y la solución que ha adoptado el Tratado de arbitraje comercial Mercosur de 1998. Estamos pues ante un conjunto de soluciones consensuadas que tratan de articular los intereses en presencia y que parten de la cooperación entre jueces y árbitros; pero siempre dejando a salvo la competencia "natural" de los jueces estatales, en defecto de disposición contraria de las partes, o en los casos en que, por razones de urgencia, sea aconsejable una intervención inmediatamente ejecutable.

De ahí que esta última postura no sea, en absoluto, pacífica. Sobre todo desde el punto de vista de la eficacia real que se dé a estas medidas, porque el árbitro carece de poder coercitivo, de suerte que sigue siendo imprescindible la intervención del juez para hacer efectiva la medida, si no se cumpliera de modo voluntario. Aparece así un nuevo argumento en contra a la competencia de los árbitros en la materia, que es el relativo a las posibilidades de ejecución del laudo que contenga una medida este tipo. Desde el punto de vista jurídico debe tenerse en cuenta que se confunden las decisiones no definitivas, en cuanto que recurribles, verdaderamente provisionales en cuanto a su ejecución, con aquellas otras, definitivas, firmes y, por tanto, ejecutables, aunque tengan una duración determinada en el tiempo⁵⁹. La decisión que contiene una medida provisional, sea judicial o arbitral, posee carácter definitivo, aunque por su especial contenido, tenga una vigencia temporal determinada. Resulta innecesario insistir, desde el punto de vista práctico, en el hecho de que la ejecución forzosa de la medida ante el juez, en caso de no ser cumplida por las partes voluntariamente, frustraría la finalidad de la medida en numerosos supuestos.

⁵⁶ G. de Leval, "Le juge et l'arbitre...", *loc. cit.*, pp. 14 ss.

⁵⁷ F. Knoefler y Ph. Schweizer, "Les mesures provisoires...", *loc. cit.*, p. 228.

⁵⁸ Ph. Ouakrat, "L'arbitrage commercial...", *loc. cit.*, pp. 244-251.

⁵⁹ *Vid.* F. Knoefler y Ph. Schweizer, "Les mesures provisoires...", *loc. cit.*, p. 228.

IV. REGULACIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EN EL ARBITRAJE EN EL SISTEMA ESPAÑOL

1. Antecedentes de la regulación actual

28. La Ley de Arbitraje de 1988 había guardado un incomprensible silencio en la materia salvo en lo relativo a la finalización del proceso arbitral estando la resolución de la acción de nulidad (art. 50 LA/1988). Este silencio dio lugar a dos líneas de interpretación jurisprudencial absolutamente diversas y desconcertantes para los operadores jurídicos que actuaban en este especial sector: contraria⁶⁰ y favorable a la adopción de las medidas por los jueces. Afortunadamente la jurisprudencia anterior a la LA/2003, fue inclinándose hacia una posición permisiva evidenciando en materia de medidas provisionales que el arbitraje ya era en nuestro país un método habitual de resolución de controversias; un método con el que era necesario, y más práctico, cooperar. Un importante precedente queda configurado por el AAP Cádiz de 12 de junio de 1992 (*Eintacar-Eimar, S.A. / Bahia Industrial, S.A.*), que no tuvo inconveniente en conceder medidas provisionales aunque el arbitraje se desarrollara en el extranjero en aplicación del art. VI.4º CG; de acuerdo con la mencionada decisión “dada la meridiana claridad con que está redactado dicho precepto, sin que por lo tanto deban hacerse comentarios o interpretaciones sobre el mismo, se deduce de una forma evidente la posibilidad de que un Juez español pueda adoptar determinadas medidas cautelares, aunque el procedimiento arbitral se siga en otro país, en este caso en Suiza”⁶¹. Con independencia de la justicia de la decisión no debe olvidarse que al margen del referido art. VI.4º, el régimen jurídico aplicable a la concesión de las medidas es el que establezca el ordenamiento del foro que, como hemos visto, guardaba silencio sobre el tema⁶². Al lado de esta decisión, y a título de *obiter dicta*, resalta la decidida toma de partida acerca de la admisión de las medidas efectuada por el AAP Barcelona de 25 de noviembre de 1994, según el cual,

“Este Tribunal se inclina (...) por la admisibilidad de la adopción de medidas cautelares por los órganos jurisdiccionales estatales en función de un arbitraje privado antes de haberse dictado el correspondiente laudo, y ello en razón de que no existe prohibición legal expresa de tal posibilidad ni la misma se deduce de los principios inspiradores y finalidades de la Ley de 1988. En efecto, esta Ley potencia la institución del arbitraje (...) de suerte que realmente crea una verdadera jurisdicción (...) privada, excluyente de la jurisdicción estatal; desde esta perspectiva, que tiene un armónico encuadre en nuestro ordenamiento jurídico procesal civil, puede sostenerse que esa jurisdicción privada debe gozar de iguales posibilidades tuteladoras que la jurisdicción estatal por cuanto que los ciudadanos pueden optar libremente por someterse a una u otra jurisdicción, lo cual lleva a la conclusión por la que se inclina

⁶⁰ Como ejemplo de la posición negativa es ilustrativo el AAP Barcelona 26 de mayo de 1994. Cierta sector doctrinal interpretó rígidamente la LA/1988 negando la posibilidad de solicitar las medidas durante la pendency del proceso arbitral. Cf. J.E. Valls Gombau, “Las medidas cautelares reguladas en las Leyes especiales”, *Las medidas cautelares. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, CGPJ, 1993, p. 410.

⁶¹ La Ley, 1992, nº 8809 y notas de S. Barona Vilar, *RCEA*, vol. III, 1992, pp. 224-230.

⁶² Nota de E. Artuch Iriberry, *REDI*, vol. XLVI, 1994, pp. 393-395. Sobre el alcance del art. VI.4º CG Vid. F. Ramos Méndez, “Arbitraje internacional y medidas cautelares”, *Arbitraje y proceso internacional*, Barcelona, Bosch, 1987, pp. 183 ss.

este Tribunal, es decir, el que los órganos jurisdiccionales estatales podrán adoptar medidas cautelares instrumentales respecto de un arbitraje en el que aún no se ha pronunciado el laudo, y sólo ellos podrán adoptarlas en razón de que tales medidas siempre suponen un constreñimiento de derechos⁶³.

El AJPI nº 69 de Madrid de 28 de junio de 1999 se planteó la posibilidad de ordenar una medida cautelar solicitada por la sociedad A, contra la sociedad B, medida que debía ser ejecutada en territorio español. Ambas sociedades habían concluido en 1991 sendos contratos de construcción por parte de la sociedad A de dos fábricas de procesado y envasado de pescado en Libia y, en relación a estos pactos, la empresa A ordenó las negociadas garantías a primera demanda al Banco Árabe Español con sede en Madrid, de las que resultaba beneficiaria la sociedad B. Las posibles controversias que surgieran de la ejecución de los contratos estaban referidas mediante la correspondiente cláusula a arbitraje ante la CCI en París. Al surgir las controversias entre las partes el arbitraje se puso en marcha mediante demanda de Sociedad A, la misma que actuaba como actora en la instancia de aseguramiento cautelar. En ese momento se apreció el riesgo de que la sociedad B intentase la ejecución de las garantías a primera demanda que, por su propia naturaleza, pueden ser hechas efectivas con independencia de la pendencia a arbitral o judicial. Por esta razón la sociedad A solicitó del juez que ordenase al Banco Árabe Español que no abonase ningún importe a la sociedad B, petición de secuestro cautelar que fue acogida⁶⁴. Desde un punto de vista técnico, la posibilidad de acceder a aseguramiento cautelar para los participantes en un arbitraje facilita en buena medida las cosas para el buen funcionamiento y término de la fase arbitral. Se desprende, pues, que debe terminarse con la posibilidad de que quien recurre al juez nacional para solicitar medidas provisionales, estando inmerso en un procedimiento arbitral, se encuentre asimilado al supuesto de sumisión tácita a los tribunales estatales.

Pero seguían quedando en el sistema numerosas imprecisiones, sobre todo en lo referente a la adopción de medidas cautelares conducentes a asegurar la plena efectividad del laudo arbitral en caso de que éste fuera recurrido, que podían solicitarse al Juez de Primera Instancia competente para la ejecución de este último (art. 50 LA/1988); téngase en cuenta que sólo con la entrada en vigor del art. 45.1º LA/2003 se considera que "El laudo es ejecutable aún cuando contra él se haya ejercitado la acción de anulación". El S AP Barcelona, Sección 16, 5 de abril de 2000 debe inscribirse en el lado negativo del balance jurisprudencial de nuestra antigua LA pues aunque reconoció que existían argumentos importantes en favor de la viabilidad de la adopción de medidas cautelares previas al laudo arbitral con base en el art. 1428 LEC y que la nueva LEC, aún no en vigor, contemplaba tal posibilidad, consideró que no existía ninguna base para conceder las medidas pues el art. 50 LA/1988 se limitaba a establecer "una especie de ejecución provisional del laudo arbitral pendiente de recurso de anulación, omitiendo significativamente cualquier mención a la posibilidad de solicitud y adopción de medidas cautelares

⁶³ RCEA, vol. XI, 1995, pp. 289-292 con nota crítica de *lege lata* de S. Barona Vilar.

⁶⁴ Vid. E. Artuch Iriberry, "La adopción de medidas provisionales por el juez español en relación con el procedimiento arbitral: un conflicto se diluye", RCEA, vol. XIV, 1999, pp. 149-153.

previas⁶⁵. Afortunadamente este no ha sido el tenor mayoritario de las sentencias de las AAPP⁶⁶.

29. Con la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se produjo una importante innovación de la justicia cautelar en España sustituyéndose la insuficiencia y la dispersión normativa de la LEC/1881 por un sistema unitario en el que, regulando los presupuestos y requisitos generales de las medidas cautelares, se diseñó un régimen abierto y más enérgico de las mismas. En este contexto de cambio el art. 722 LEC tuvo la virtud de dar un importante paso respecto de la LA/1988 al prestar una atención expresa a las medidas cautelares en el procedimiento arbitral⁶⁷. Bien entendido que el precepto estaba circunscrito a que el procedimiento arbitral ya se hubiese iniciado y sólo era posible ordenar medidas cautelares *ante causam* desde el momento en que los árbitros hubiesen notificado “a las partes por escrito la aceptación del arbitraje” (art. 22 LA/1988). La anticipación únicamente podía operar si el solicitante de las medidas acreditase o bien la formalización judicial del arbitraje, o bien la correspondiente solicitud de arbitraje ante un determinado Centro habilitado para administrar este procedimiento. Y esta limitación no sólo era considerada razonable por la doctrina⁶⁸, sino que tenía un cierto respaldo jurisprudencial⁶⁹.

Después de reconocer la competencia de los tribunales españoles para acordar medidas cautelares cuando existan procesos arbitrales que estén pendientes en España, esta disposición reconoce también la competencia de los tribunales españoles para la adopción de medidas cautelares estando pendiente un proceso ante un tribunal extranjero o siguiéndose un arbitraje en un país extranjero, pudiendo solicitarlas quien acredite ser parte en los mismos. Bien entendido que esta regla

⁶⁵ La Ley, 2000, nº 75572.

⁶⁶ AAP Madrid, Sección 9ª, 11 de octubre de 2002 “... la parte a quien le interesa podrá solicitar del Juez de Primera Instancia que fuera competente para la ejecución, las medidas cautelares conducentes a asegurar la plena efectividad de aquel una vez que alcanzara firmeza con lo cual es indudable que pese al recurso de nulidad si que cabe adoptar algún tipo de medida cautelar y si este precepto se pone en relación con el art. 37 de dicha Ley se puede llegar a la conclusión de que el laudo arbitral firme es calificado como sentencia judicial dado que produce efectos idénticos a la cosa juzgada, lo cual viene a equiparar esas dos clases de resoluciones” (La Ley, 2002, nº 168160).

⁶⁷ L.A. Cucarella Galiana, “Arbitraje y tutela cautelar en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil”, *Tribunales de Justicia*, nº 12, diciembre de 2000, pp. 1267-1288. Para S. Barona Vilar el legislador ofreció con este precepto cobertura a todos los supuestos posibles de solicitud de medida cautelar a un tribunal español en relación con un proceso principal que no necesariamente tiene que ser sustanciado ante los tribunales españoles [“Reflexiones en torno a las medidas cautelares en el arbitraje (Un paso adelante con la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)”, *Libro homenaje al profesor Dr. D. Eduardo Font Serra*, t. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 2004, pp. 742-747].

⁶⁸ S. Barona Vilar, “Art. 11”, *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, p. 508.

⁶⁹ AAP Cáceres, Sección 1ª, 2 de noviembre 2004: “en virtud de lo establecido en el art. 722 LEC, las medidas cautelares en el procedimiento arbitral sólo pueden pedirse al Tribunal por quien acredite ser parte en el mismo, es decir, tiene que existir necesariamente un proceso arbitral pendiente, presupuesto que, lógicamente, falta en este caso, de modo que, hasta tanto no se promueva el correspondiente proceso arbitral, la parte interesada no podrá pedir al Tribunal competente la adopción de la medida o medidas cautelares que convinieran a su derecho”, La Ley, 2004, nº 227529.

establece dos limitaciones: la primera deriva de la remisión que efectúa a los Convenios internacionales; la segunda, de la limitación de la competencia de los tribunales españoles para adoptar medidas cautelares cuando exista una competencia exclusiva de nuestros tribunales para conocer del asunto principal. Si bien la aparición de este precepto supuso un avance en la legislación española, lo cierto es que la regulación no ha llegado tan lejos como pudo esperarse. La limitación del arbitraje en materias consideradas competencia exclusiva no es ni correcta ni coherente con la práctica internacional; pero además, el límite se impone sólo a los arbitrajes que se desarrollen fuera del territorio español. Es otra muestra de las consecuencias que el criterio territorialista produce en el arbitraje: un asunto sustanciado en territorio español puede obtener auxilio cautelar; mas un caso idéntico, pero establecida la sede del arbitraje en el extranjero, no alcanzará el aseguramiento solicitado. Con independencia de otras consideraciones, baste con decir que esta situación confrontada con el arbitraje comercial internacional no era, sencillamente, lógica.

Al margen de las críticas que acabamos de efectuar al art. 722.1º no debemos olvidar que dio una respuesta a la cuestión de la eventual adopción por parte de los tribunales españoles de medidas cautelares que se soliciten para asegurar un proceso que se está desarrollando en el extranjero. De acuerdo con el art. 722.2º

“Con arreglo a los Tratados y Convenios que sean de aplicación, también podrá solicitar de un tribunal español la adopción de medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso jurisdiccional o arbitral que se siga en país extranjero, en los casos en que para conocer del asunto principal no sean exclusivamente competentes los tribunales españoles”.

Y es aquí donde surge de nuevo el ámbito de aplicación genuino del art. VI.4º del CG de 1961 y donde desplegará toda su eficacia el art. 23.5º LOPJ que establece la competencia de los tribunales españoles “Cuando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España”.

2. La solución en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje

A) Solicitud ante el juez

30. Dentro de las innovaciones positivas de la LA/2003 está la determinación de las funciones de apoyo y control del arbitraje que deben prestar los tribunales españoles. En la materia que nos ocupa el art. 8.3º dispone que “Para la adopción judicial de medidas cautelares será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia, de conformidad con lo previsto en el art. 724 LEC”. Este último precepto establece la competencia para ciertos casos especiales. Concretamente, será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado, y, en su defecto, el del lugar donde las medidas cautelares deban producir su eficacia cuando dichas medidas se soliciten estando pendiente un proceso arbitral o la formalización judicial del arbitraje y lo

mismo se observará cuando el proceso se siga ante un tribunal extranjero, salvo lo previsto en tratados internacionales. Es curioso que ambos preceptos, no precisen cual es el concreto tribunal encargado de la adopción de las medidas cautelares y aunque *prima facie* no parece ofrecer duda que serán competentes los Juzgados de Primera Instancia, tampoco lo parece que exista inconveniente en que tal función la ejerzan los nuevos Juzgados de lo Mercantil⁷⁰; y ello al margen de la polémica que encierra esta última cuestión⁷¹.

Aunque todavía no se haya iniciado el procedimiento arbitral no hay obstáculo para que la medida cautelar reclamada pueda adoptarse, pues el art. 730 LEC/2000 en relación con el art. 11.3º LA/2003 son inequívocos a este respecto. El primero de ellos dispone que “1. Las medidas cautelares se solicitarán, de ordinario, junto con la demanda principal (...). 3. El requisito temporal a que se refiere el apartado anterior (las medidas que se hubieran acordado quedarán sin efecto si la demanda no se presentare ante el mismo tribunal que conoció de la solicitud de aquéllas en los veinte días siguientes a su adopción) no regirá en los casos de formalización judicial del arbitraje o de arbitraje institucional. En ellos, para que la medida cautelar se mantenga, será suficiente con que la parte beneficiada por ésta lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral”. Por su parte, el referido art. 11.3º dispone que “El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas”. Como pusiera de relieve la SAP Málaga, Sección 5ª, 19 de septiembre de 2005, “tanto el art. 730.3º que habla, no de que la demanda de arbitraje esté formalizada sino de que de ‘para que la medida cautelar se mantenga’, mientras que la LA lo que permite es solicitar la medida cautelar con anterioridad a las actuaciones arbitrales, por lo que no hay impedimento para solicitar la adopción de medidas cautelares”⁷².

Siguiendo con el análisis del momento en que pueden solicitarse las medidas cautelares, hay que señalar que tras la aceptación del árbitro y durante la pendencia del procedimiento arbitral, se le pueden presentar solicitudes en cualquier momento hasta la terminación de sus actuaciones. Según el art. 38.1º LA, las actuaciones arbitrales terminan y los árbitros cesan en sus funciones con el laudo definitivo. Por lo tanto, a partir de ese momento, si la parte que ha obtenido el laudo a su favor pretende la adopción de una medida cautelar, la solicitud deberá dirigirla a la jurisdicción.

31. El peligro por la mora procesal o *periculum in mora* es consustancial a la dilación propia del juicio ordinario, que puede dar lugar, como ya hemos puesto de relieve, a que si no se adopta la medida solicitada se origine una situación que reste

⁷⁰ S. Barona Vilar, “Art. 8”, *Comentarios a la Ley de Arbitraje...*, op. cit., pp. 281-282.

⁷¹ Vid. por ejemplo en la doctrina española vid., por todos, J. Banacloche Palao, *Los Juzgados de lo Mercantil: Régimen jurídico y problemas procesales que plantea su actual regulación*, Madrid, Civitas, 2005, 238 pp.

⁷² *La Ley*, 2005, nº 179536.

eficacia a una hipotética sentencia estimatoria de la demanda; se entiende por tal el riesgo de daño para la efectividad de la tutela judicial pretendida en el proceso principal que puede surgir con ocasión de la necesaria dilación temporal en alcanzarse, tras la realización del proceso de declaración, la sentencia que conceda dicha tutela. Por esa razón el art. 728.1º LEC/2000 dispone que

“Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria.

No se acordarán medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que éste justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces.

El solicitante también habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios (art. 728.2º). Por último, el tercer requisito, previsto en el art. 728.3º LEC es la caución, suficiente para responder de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado. Para determinar su cuantía, deberá atenderse a la propia naturaleza y contenido de la medida solicitada y al fundamento de la solicitud. La caución podrá otorgarse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del ap. 3 del art. 529 (“La caución podrá constituirse en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate”).

El Auto que decide la oposición a las medidas cautelares es apelable sin efecto suspensivo (art. 741.3º LEC/2000). Por su parte, los arts. 735.2º y 736.1º LEC/2000 prevén que únicamente cabe recurso de apelación contra el Auto que acuerde o deniegue la medida cautelar, lo que no sólo excluye el recurso de reposición, sino que dispone que no pueden presentarse los recursos extraordinarios, pues el Auto recaído en el proceso cautelar no es equiparable a la Sentencia que pone fin a la primera instancia tras la tramitación ordinaria del proceso, ni tampoco al Auto definitivo que pone fin anticipado al proceso. De conformidad con la LEC/2000 el recurso de casación está limitado a las Sentencias dictadas en segunda instancia por las AA PP, por lo cual quedan excluidos los Autos en relación con el procedimiento de medidas cautelares (AATS 20 de marzo, 26 de marzo, 16 de julio y 5 de noviembre de 2002⁷³); asimismo están excluidos en las medidas cautelares los recursos extraordinarios, tanto el de casación, como el de infracción procesal, al igual que en el ámbito de la ejecución. En este último caso únicamente es dable utilizar de modo general el recurso de reposición, pues hasta el de apelación está limitado a los casos en que la ley lo prevea expresamente (art. 562.1º y 2º LEC/2000).

⁷³ La Ley, 2002, nº 184161.

B) Solicitudes procedentes del extranjero

32. Por lo que se refiere a las medidas provisionales solicitadas en España para asegurar la ejecución de un laudo arbitral cuando el arbitraje se está realizando en el extranjero, el AAP Barcelona, Sección 15, 18 de enero de 2000 se inclina por una posición positiva pues “Como quiera que en este caso el laudo arbitral precisa para su efectividad en España del previo reconocimiento a través de exequátur, mientras no se haya alcanzado esta, que permite instar la ejecución, cabe entender que existe litispendencia que justifica la tutela cautelar pretendida. Todo ello sin perjuicio de que el retraso en la petición de las medidas pueda afectar al *periculum in mora*”⁷⁴. La concesión de las medidas procederá aún cuando suscitada la controversia ante los Tribunales españoles éstos se declaren incompetentes por apreciar la declinatoria arbitral. Así lo ha puesto de relieve la STS, Sala de lo Civil, 2 de diciembre de 1996, según la cual,

“La medida cautelar de embargo preventivo no determina por si misma la competencia del órgano que ha de conocer y decidir el fondo del asunto, pues ni el Convenio ni la Ley española así lo contemplan y, a su vez, tanto el art. 22 LOPJ, como el 62 y siguientes de la Ley Procesal Civil, no reconocen al embargo preventivo como causa eficiente y decisiva para determinar tanto la jurisdicción como la competencia, que se rige por la normativa general o, en su caso, como en este supuesto, atendiendo a los pactos lícitos y válidos de sumisión que las partes negociaron”⁷⁵.

Y en el mismo sentido se pronunció la STS, Sala de lo Civil, 19 de abril 2006 (*Cargill España, S.A. / Volgo Don River Shipping Compay*)⁷⁶, que admitió un recurso de casación interpuesto contra una sentencia de la AP que había levantado una medida de embargo preventivo al afirmar la incompetencia de la jurisdicción española. Para el Tribunal Supremo.

“... además de lo dispuesto en el Convenio sobre la adopción del embargo preventivo de buque en función de un arbitraje, ya sea interno o extranjero, la concesión de una medida cautelar, al igual que la determinación de sus efectos, no implica entrar a valorar el fondo del asunto, sino la valoración de la apariencia de buen derecho y, en último término, la procedencia y los efectos de levantar la medida cautelar con subordinación a lo decidido en el laudo. (...)”

Esta autonomía procesal para la adopción de las medidas cautelares respecto de la cuestión principal adquiere especial importancia cuando se trata del procedimiento arbitral, puesto que la adopción de medidas cautelares forma parte de las funciones de apoyo y control del arbitraje que recoge en la actualidad el art. 8 LA, en la cual se prevé expresamente (sin perjuicio de la potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares reconocida en art. 23 LA, sujetas a las normas sobre ejecución forzosa de laudo, que compete a los tribunales ordinarios según el artículo 8.4 LA) la adopción judicial de medidas cautelares por parte del tribunal competente en el lugar en el que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, en el lugar donde las medidas deban producir su eficacia. Y este mismo principio resulta del art. 50 LA/1988, aplicable a este proceso por razones temporales”.

⁷⁴ La Ley, 2006, nº 5644.

⁷⁵ La Ley, 1993, nº 1133.

⁷⁶ La Ley, 2006, nº 36044.

C) Potestad de los árbitros para dictar medidas cautelares

33. El reconocimiento de la tutela cautelar judicial respecto del arbitraje quedó seriamente reforzada al regular expresamente la LA/2003 la tutela cautelar arbitral. A partir de aquí la potestad judicial en materia cautelar tiene en el sistema español un carácter alternativo y concurrente respecto de la arbitral, sin perjuicio del juego del principio de buena fe procesal. Ello implica que no resulta de recibo aprovecharse de ambas potestades para ejercerlas en perjuicio aprovechando una situación de debilidad de una de las partes⁷⁷. El art. 23 LA/2003 confiere, en efecto, la posibilidad de los árbitros de dictar medidas cautelares con arreglo a las siguientes previsiones:

“1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante.

2. A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos”.

El carácter concurrente del precepto (“podrán”) tiene la virtud de no derogar ni restringir la posibilidad, prevista en los arts. 8 y 11 LA/2003 (y concurrentes de la LEC) de que la parte interesada inste de la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares.

En relación con la solicitud de medidas cautelares, el art. 23.1º LA sigue los pasos de los arts. 9 y 17 LMU, estableciendo que es necesaria la instancia de parte para que los árbitros puedan adoptar una medida cautelar. Esta necesidad viene exigida por el propio ámbito de la institución arbitral, en la medida en que el arbitraje es una institución heterocompositiva para la resolución de controversias en el ámbito del Derecho privado⁷⁸. Como puso de relieve la Exposición de motivos se trata de una de las principales novedades de la ley. Con ello se dio entera satisfacción a la doctrina que venía abogando para que el sistema español de arbitraje se incorporara a la legislación existente en los países de nuestro entorno⁷⁹. Dicha potestad puede ser excluida por las partes, directamente o por remisión a un reglamento arbitral; pero en otro caso se considera que la aceptan. La ley se limita a fijar el aspecto declarativo de la medida, siempre que las partes así lo convengan, considerando que los árbitros carecen de potestad ejecutiva; en consecuencia es necesario un nuevo auxilio jurisdiccional para ejercer tal función ejecutiva.

Por este motivo, es obvio que solamente cuando la parte interesada lo solicite, un árbitro podrá tomar la decisión de adoptar la medida cautelar idónea que garantice la

⁷⁷ S. Barona Vilar, “Art. 23”, *Comentarios a la Ley de Arbitraje...*, op. cit., p. 847.

⁷⁸ L.A. Cucarella Galiana, *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España de Bolonia, 2004, pp. 331-332.

⁷⁹ L. Muñoz Sabaté, “Medidas cautelares en el arbitraje a la luz de máxima *inclusio unius, exclusio alterius*”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1996, I, pp. 200-201; B.Mª Cremades, “El convenio arbitral”, *RCEA*, vol. XVIII, 2003, pp. 43 ss.

efectividad del procedimiento arbitral. En cuanto a la forma y contenido de la solicitud de medidas cautelares por los árbitros, la LA guarda silencio al respecto, si bien es factible la aplicación, con las necesarias adaptaciones al procedimiento arbitral, de la LEC sobre solicitud de medidas cautelares a la jurisdicción. Si esto es así la solicitud que se dirija al árbitro deberá formularse con claridad y precisión, justificando cumplidamente la concurrencia de los presupuestos exigidos para su adopción a los que nos hemos referido anteriormente (art. 732.1º LEC). De igual modo, será necesario acompañar a la solicitud los documentos que la apoyen o se ofrezca la práctica de otros medios para el acreditamiento de los presupuestos que autorizan la adopción de las medidas (art. 732.2º LEC); y también, entendemos que será necesario el ofrecimiento de caución, especificando de qué tipo o tipos se ofrece constituirlos y con justificación del importe que se propone (art. 732.3º LEC). Por último, como el art. 23 LA no establece ninguna regla procesal también pudiera ser de aplicación lo dispuesto en la LEC, esto es, la previa audiencia de la parte a quien puedan perjudicar (art. 733.1º LEC).

Finalmente, el art. 23 LA, en su apartado segundo, establece que, sea cual sea la forma dada por los árbitros a la decisión cautelar, ésta recibirá el mismo trato que cualquier laudo en sede de anulación y de reconocimiento forzoso. Eso implica su trámite anulatorio ante las AAPP y también su reconocimiento, cuando sea necesario en España. Alguna doctrina ha entendido⁸⁰ que esto implica el tratamiento de las decisiones precautorias como si de laudos se tratara y es cierto, pero con una salvedad. La LA sólo entiende por laudos nacionales los dictados en España y son a ellos a los que se dirige la completa regulación de la Ley. Ahora bien, los dictados en el extranjero no gozan necesariamente, cuando contengan medidas cautelares, del mismo tratamiento que los nacionales. Quiere esto decir que no es tan sencillo afirmar que las decisiones en la materia vayan a recibir, por la vía del art. 23.2º LA, la misma consideración o trato que los dictados en España: no en vano, el referido precepto habla de “anulación y ejecución forzosa” y nunca de reconocimiento y ejecución. La LA se refiere a decisiones arbitrales cautelares dictadas en España y a ser ejecutadas en España, lo cual, cuando de arbitraje internacional se trata, le da un corto alcance en la práctica: no es usual, como es sabido, que la sede del arbitraje coincida con la de los intereses, principales o secundarios, de ninguna de las partes.

V. CONSIDERACIONES FINALES

34. Es cierto que las medidas provisionales son instrumentales del proceso principal. Pero requieren de un procedimiento propio para su establecimiento que debe tener carácter sumario y ha de estar marcado por la rapidez. Sólo a partir de tales presupuestos se pueden conseguir las finalidades específicas de estas medidas, fundamentalmente en lo que concierne al aseguramiento de los bienes del demandado. Pese a que su carácter instrumental pudiera aconsejar que la decisión fuera tomada por el mismo órgano que se encarga del fondo del asunto, la

⁸⁰ F. Mantilla Serrano, *Ley de Arbitraje...*, op. cit., p. 148.

especialidad de su objeto, función y procedimiento, conduce a la preferencia de que intervenga un órgano distinto. La puesta en marcha de un procedimiento arbitral no puede impedir, pues, el acceso a la tutela cautelar como parte integrante del más general derecho a la tutela judicial efectiva. Es lógico que cuando las partes deciden someter sus controversias a arbitraje no se produzca una derogación de la jurisdicción sino suspensión de su ejercicio y esta posibilidad, articulada legalmente, es una forma de ejercicio del derecho a una tutela judicial efectiva. Por eso no es admisible que quienes desean ejercer el referido derecho constitucional por la vía arbitral, admitida y regulada legalmente, se vean privados de esa otra vertiente de la tutela judicial que es el aseguramiento cautelar. Estamos ante una manifestación de la verdadera cooperación entre jueces y árbitros que, en el caso de la adopción de medidas cautelares, es absolutamente necesaria. El recurso a la jurisdicción nacional, en estos casos, además de ser imprescindible, se resuelve de tal manera que termina con uno de los temores latentes en el uso de tal auxilio, cual es que las ventajas que ofrece el arbitraje queden en la práctica desvirtuadas; se consigue, como es natural, el equilibrio entre la finalidad de las medidas cautelares, anticipativa de emergencia, y las necesidades del procedimiento arbitral que debe desarrollarse sin dilaciones indebidas.

También el arbitraje obedece a unos caracteres específicos que dotan de peculiaridades a sus relaciones con las medidas provisionales. Si, como hemos reiterado, determinadas actividades propias del proceso arbitral no pueden llevarse a cabo sin la colaboración de los tribunales del Estado; según se interprete la extensión de la jurisdicción arbitral, la adopción de medidas cautelares será una de ellas o bien pasará al ámbito de las materias trasladadas a la competencia de los árbitros; pero se encuentra, en cualquier caso, en la zona de competencias compartidas. La práctica arbitral y judicial demuestra que la tutela provisional y cautelar es precisamente uno de los supuestos frecuentes en que ha de recabarse el apoyo de los tribunales estatales, en virtud de las importantes limitaciones que gravan al arbitraje en la materia. La facultad de los árbitros de otorgar medidas cautelares es una posibilidad teórica, cuya materialización en la práctica depende de la voluntad expresada por las partes al respecto, ya sea directamente, ya sea por remisión a un reglamento arbitral o a la ley que resulte aplicable al arbitraje en defecto de toda indicación. Es, además, de una posibilidad limitada, como ponen de manifiesto, por ejemplo, el supuesto que el tribunal arbitral no se encuentre formado cuando surge la necesidad de la medida o, en cualquier caso, el hecho que un árbitro no puede llevar a cabo la ejecución forzosa de una medida.